Der Begriff

der

privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden

im Bürgerlichen Gesetzbuch und in den übrigen Reichsgesetzen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Franz Seligsohn.

Berlin 1903.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0042

Literaturübersicht.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886.

Bendix, in der Juristischen Wochenschrift. 31. Jahrg. Nr. 7 und 8, S. 58 ff.

Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B., Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das Deutsche Reich. 3. Aufl., Jena 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1. und 2. Aufl., Halle 1901.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. Aufl., Halle 1897.

Eccius, in der Deutschen Juristen-Zeitung, VII. Jahrgang Nr. 4, S. 95.

Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 2. Aufl., Berlin 1898.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl., Berlin 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (nach Prozess- und bürgerlichem Recht) 2. Aufl., Berlin 1899.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. 4. Aufl., München 1900.

Frommhold, Das Erbrecht des B.G.B., Berlin 1900.

Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B.G.B. und zur Grundbuchordnung, Berlin 1899.

Gareis, Der allgemeine Teil des B.G.B., Berlin 1900.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

Haller, in der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. 2. Jahrgang 1888, S. 11 ff.

Hellmann, Rechtsgeschäfte in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die I. Lesung des Entwurfs eines B.G.B., Berlin 1901, S. 481 ff.

Hesse, Deutsches Vormundschaftsrecht, Berlin 1900.

Immerwahr, Die Kündigung, historisch und systematisch dargestellt, Breslau 1898

Jaeger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, Berlin 1902.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts; herausgegeben von Johow und Ring.

Jastrow, in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 25 S. 128 ff.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, Berlin.

Kohler, Der Dispositionsniessbrauch in Iherings Jahrbüchern, Bd. 24 S. 187 ff.

Küntzel, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 41 S. 583 ff.

Lusensky, Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, Berlin 1896.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.

Maercker, Die Nachlassbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und Vormundschaftsrecht. Nach den Vorschriften des B.G.B. und seiner Nebengesetze, bearbeitet von Köhne und Feist, 17. Aufl., Berlin 1902.

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamte Materie zum B.G.B., Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft in der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Wilke.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 6. Aufl., Berlin 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1898—1902.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des B.G.B.

Puchta, Pandekten, 12. Aufl., bearbeitet von Schirmer, Leipzig 1877.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Riesser, Das Bankdepotgesetz, Berlin 1897.

Roth, System des Deutschen Privatrechts.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B., Tübingen 1880, Erlangen 1898.

Schönfeld, in der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. Jahrgang 1888 Nr. 6, S. 42 ff.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. IV: Familienrecht, München 1899.

Strohal, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1901.

Sydow-Busch, Zivilprozessordnung, IX. Aufl., Berlin 1901.

Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen nach dem B.G.B. im Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 89, S. 85 ff.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. II: Grundbuchordnung, Paderborn 1901.

Weismann, Die Aufrechnung nach dem B.G.B., in Buschs Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess. Herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 26 S. 1 ff.

Wendt, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89 S. 420 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. unter vergleichender Darstellung des bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp, Frankfurt a. M. 1900.

Zimmermann, Die Rechtswirkung der Veräusserung und der Belastung des vermieteten Grundstücks auf das Mietverhältnis nach deutschem Recht, München 1901.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

v. Ziegesar, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung, Rostock 1902.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung: Die Stellung des B.G.B. zu Definitionen im allgemeinen 1

A. Erläuterung der Nebenbegriffe.

§ 2. I. Rechtliches und faktisches Verfügen 2
§ 3. II. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verfügung . . . 12
§ 4. III. Privatrechtliche Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen 17

B. Erläuterung des Begriffes „Verfügung".

§ 5. I. früher: geschichtliche Vorbemerkung 18
II. jetzt: im B.G.B. und in den übrigen Reichsgesetzen
§ 6. 1. Definition 20
2. Erläuterung der Definition im einzelnen:
§ 7. a) Rechtsakt 22
§ 8. b) „in Gemässheit und infolge des Willens" (rechtsgeschäftliche Verfügung) 23
§ 9. c) „ohne den Willen" (Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung). . . 30
d) unmittelbare Wirkung:
§ 10. α) Die Verfügung im Gegensatz zu obligatorischen Rechtsgeschäften 34
§ 11. β) Die Verfügung im Gegensatz zu Prozesshandlungen (Verfügen und Verwalten) 38
§ 12. e) Uebertragung 44
§ 13. f) Aufhebung 47
§ 14. g) Veränderung 54
III. Anwendung des Begriffes „Verfügung":
§ 15. 1. im B.G.B. 59
§ 16. 2. in den übrigen Reichsgesetzen 64
Schluss 67

Einleitung.

§ 1.

Die Stellung des B.G.B. zu Definitionen im allgemeinen.[1])

In dem B.G.B. werden vom Gesetzgeber Definitionen möglichst vermieden. Hierfür sind zwei Gesichtspunkte massgebend. Einmal wird eine bestimmte Zahl von technischen Ausdrücken als ihrer Bedeutung nach bekannt vorausgesetzt, eine Definition derselben demgemäss als überflüssig erachtet, sodann aber gebraucht das Gesetz Ausdrücke, deren Inhalt von der Wissenschaft noch nicht völlig geklärt ist. Hier wird nicht für geboten erachtet, sich der einen oder anderen in der Literatur vertretenen Ansicht anzuschliessen.

> „Die Gefahr, durch eine, wie immer geartete Fassung irre zu leiten, ist ungleich grösser, als die entgegengesetzte Gefahr, dass die Rechtsprechung schwankt . . .“

heisst es beispielsweise in den Motiven zur Begründung dafür, dass der Begriff „Rechtsgeschäft“ im Entwurf nicht definiert wird.[2])

Was hier mit Beziehung auf den Begriff „Rechtsgeschäft“ gesagt wird, gilt nicht minder von einem Begriff, der in den Reichsgesetzen, insbesondere im B.G.B., in zahlreichen Vorschriften wiederkehrt, von dem Begriff der „privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden“. Wenn auch das Gesetz aus dem angeführten Grunde den Begriff nicht definiert, so können wir doch aus den Erscheinungsformen, in denen uns die „Verfügung“ im Gesetz entgegentritt, ihren Begriff bestimmen. Den

---

[1]) Vgl. über das folgende Planck: Bd. I, S. 23.

[2]) Motive, Bd. I, S. 126.

Begriff der „privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden“ (im B.G.B. und in den übrigen Reichsgesetzen) festzustellen und zu erläutern, ist unsere Aufgabe.

Was die Einteilung vorliegender Arbeit betrifft, so würde das logische sein, den Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden an die Spitze zu stellen und seine Erklärung im einzelnen folgen zu lassen. Praktische Erwägungen lassen es hier jedoch geboten erscheinen, anders zu verfahren. Wir wollen die Erläuterung der in dem Thema genannten Nebenbegriffe: rechtliches Verfügen (§ 2), privatrechtliches Verfügen (§ 3), privatrechtliches Verfügen unter Lebenden (§ 4) vorausschicken, um so die notwendige Grundlage zu schaffen, auf der sich unsere weitere Darstellung aufbauen kann. Sodann erst folgt nach einer kurzen geschichtlichen Vorbemerkung (§ 5), die Bestimmung des Begriffes „Verfügung“ selbst (§ 6), der sich die Erläuterung desselben im einzelnen (§§ 7 bis 14) und seine Anwendung im B.G.B. und in den übrigen Reichsgesetzen anschliesst (§§ 15 bis 16).

A. Erläuterung der Nebenbegriffe.

§ 2.

I. Rechtliches und faktisches Verfügen.

Die Motive sagen hinsichtlich des Begriffs „verfügen“:

> „Unter verfügen versteht der Entwurf, soweit nicht eine nähere Erläuterung beigefügt ist, rechtliches Verfügen.[1])“

Den Gegensatz zu „rechtlichem“ Verfügen bildet der zwar nicht im B.G.B., wohl aber einmal im Einführungsgesetz zum B.G.B. sowie in der Literatur häufig gebrauchte Ausdruck „tatsächliches“ Verfügen.

---

[1]) Motive, Bd. I, S. 128.

Wir wollen diesen Gegensatz, insbesondere die Frage, was zu verstehen ist, wenn im B.G.B. schlechthin von „verfügen“ die Rede ist, ob durchgehend, wie es die Meinung der Motive für den Entwurf ist, nur „rechtliches“ oder an einzelnen Stellen auch „rechtliches“ und „tatsächliches“ („faktisches“) zugleich — wie von mehreren Schriftstellern behauptet wird — näher ins Auge fassen.

§ 161 B.G.B. bestimmt, dass, wenn jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat, jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam sei, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. *A* verkauft und übereignet beispielsweise dem *B* eine ihm gehörige Sache unter einer Suspensivbedingung unter Verabredung eines *constitutum possessorium* (gemäss § 930 B.G.B.). Vor Eintritt der Bedingung verpfändet er dieselbe Sache dem *C*. Hier wäre im Falle des Eintritts der Bedingung die Verpfändung „unwirksam“, da durch diese das Eigentum des *B* eine Beeinträchtigung erleiden würde. Hier versagt also das Gesetz der Willenserklärung die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Mit dem zitierten § 161 hat der vorhergehende § 160 das gemeinsam, dass auch in diesem davon ausgegangen wird, dass jemand unter einer Suspensivbedingung berechtigt ist. Diesem gewährt § 160 das Recht, Schadensersatz von dem anderen Teile zu fordern, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden „vereitelt oder beeinträchtigt“. Während demnach § 161 von einer Vereitelung oder einer Beeinträchtigung spricht, die durch eine rechtliche Verfügung bewirkt wird, lässt es § 160 dahingestellt sein, wie diese Beeinträchtigung oder Vereitelung erfolgt. Jemand hat z. B. eine Uhr einem anderen unter einer Bedingung zum Geschenk versprochen; er wird ihm für den Fall des Eintritts der Bedingung schadensersatzpflichtig in gleicher Weise, ob er die Uhr vor Eintritt der Bedingung einem gutgläubigen Dritten verkauft — und dieser Eigentum erwirbt —, oder ob er die

Uhr vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt, verliert usw. Die Beeinträchtigung oder Vereitelung des Rechtes kann hier mit anderen Worten sowohl durch eine „tatsächliche", als auch durch eine „rechtliche" Verfügung erfolgen. Noch schärfer tritt der Gegensatz in den §§ 351, 352 B.G.B. einerseits und § 353 andererseits hervor. Die genannten Paragraphen behandeln die Fälle, in welchen der Rücktritt vom Vertrage ausgeschlossen ist. Dies ist einmal der Fall, wenn seitens des Berechtigten eine „tatsächliche" Verfügung über den Gegenstand erfolgt ist (§ 351 nennt die Herbeiführung einer wesentlichen Verschlechterung, des Unterganges oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes; § 352 Verarbeitung oder Umbildung einer Sache in eine andere), zweitens aber, wenn der Berechtigte eine rechtliche Verfügung getroffen und ausserdem derjenige, der die Sache infolge derselben erlangt hat, tatsächlich, d. h. im Sinne der §§ 351, 352, über sie verfügt hat.[1])

Das „tatsächliche" Verfügen in dem Sinne wie es das B.G.B. (vgl. E.G. Art. 111) gebraucht, bedeutet demnach eine körperliche Einwirkung auf eine Sache im Gegensatz zum „rechtlichen" Verfügen, das sich als eine unmittelbare, durch einen Rechtsakt erfolgende Einwirkung auf einen Gegenstand (eine Sache oder ein Recht) darstellt.

Was ist nun im B.G.B. unter „Verfügung", „verfügen" zu verstehen, wenn hiervon schlechthin die Rede ist? Umfasst der Ausdruck „verfügen" in einzelnen Fällen auch das „tatsächliche" Verfügen, oder ist unter „verfügen" durchgehend „rechtliches" Verfügen zu verstehen?

In ersterem Sinne wird die Frage beispielsweise von Jastrow[2]) bejaht. Jastrow bespricht § 1375 B.G.B., welcher lautet:

---

[1]) Eck, Vorträge über das B.G.B. S. 124. Vgl. auch §§ 1037 und 1048 (Fuchs, Grundbuchrecht, S. 306); § 2375; § 763 des Entwurfs, der der rechtlichen Verfügung als faktische die „tatsächliche Veränderung des Gegenstandes" gegenüberstellt.

[2]) Zeitschrift für deutschen Zivilprozess von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 25 S. 131 ff.

„Das Verwaltungsrecht des Mannes umfasst nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen“

und knüpft an diesen die Bemerkung, dass hier unter „Verfügen“ nicht bloss das Verfügen durch Rechtsgeschäft, sondern jedes, also auch „tatsächliches“ Verfügen über das eingebrachte Gut zu verstehen sei. Demnach bedürften in gleicher Weise rechtliche wie tatsächliche Verfügungen der Zustimmung der Frau.[1])

Um nachzuweisen, dass dies nicht der einzige Fall im B.G.B. sei, in welchem „verfügen“ in dem Doppelsinne („rechtliches“ und „tatsächliches“ Verfügen) angewendet wird, zieht Jastrow die §§ 1037 und 1048 heran.

§ 1037 bestimmt:

„Der Niessbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.“

§ 1048, Satz 1:

„Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauches, so kann der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen.“

Nach Jastrows Ansicht kann es nicht zweifelhaft sein, dass § 1048 eine Ausnahme von § 1037 ist, und dass die dem Niessbraucher gewährte Befugnis über das Inventar zu verfügen, „gerade die Verfügung durch tatsächliche Veränderungen betrifft“.[2])

Jastrow führt folgendes Beispiel an: „Wenn z. B. auf einem Gute ein Hühnerhof ist und es werden jährlich 60 Stück neue Hühner ausgebrütet, während der Abgang an Hühnern nur 20 Stück beträgt, so besagt der § 1048 doch: der Niessbraucher darf 40 Hühner in jedem Jahre braten und verzehren, nicht aber bloss: er darf sie verkaufen.“ Es wäre allerdings widersinnig, wenn das Gegenteil von letzterem das richtige sein sollte.

---

[1]) Ebenso Maercker, die Nachlassbehandlung usw., 17. Aufl., S. 413.

[2]) Vgl. Jastrow a. a. O., S. 133.

Aber können wir nicht zu dem Jastrowschen Resultat auf anderem Wege gelangen?

Meines Erachtens kann die Heranziehung der §§ 1037, 1048 aus folgendem Grunde nichts für den Begriff „verfügen“ als solchen beweisen. Wenn wir unter „Verfügen“ in § 1048 lediglich „rechtliches“ Verfügen verstehen, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, dass auf das „faktische Verfügen“ die Vorschrift gleichfalls Anwendung findet, aber nicht, weil begrifflich „Verfügen“ auch „tatsächliches“ Verfügen mitumfasst, sondern weil der Gesetzgeber die Berechtigung des Niessbrauchers zu „tatsächlichem“ Verfügen über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft als etwas Selbstverständliches zu erwähnen nicht für notwendig befunden hat. Also mittels extensiver Interpretation des § 1048 gelangen wir zu dem gleichen Resultat wie Jastrow in seinem Beispiel; nicht aber weil unter den Begriff „Verfügen“ auch „faktisches“ Verfügen fällt.

Dass die hier vertretene Auffassung die des Gesetzgebers ist, glauben wir aus einem analogen Falle schliessen zu dürfen.

§ 747 B.G.B. lautet im I. Entwurf (§ 763): „Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen. Das letztere gilt auch von einer tatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.“

In der zweiten Kommission wurde beschlossen, den Satz 3 zu streichen, da er zum Teil selbstverständlich sei, zum Teil aber auch zu weit gehe, letzteres insofern, als jeder Teilhaber bis zu einem gewissen Grade selbständig auf die Sache einwirken könne, was ohne eine tatsächliche Veränderung des Gegenstandes nicht wohl möglich sei.[1])

Selbstverständlich ist Satz 3 nach der Ansicht der Kommission; denn dass mit einem Gegenstand, der nur von allen gemeinschaftlich veräussert werden kann, nicht jeder einzelne nach

[1]) Vgl. Protokolle, Bd. II, S. 745.

Belieben tatsächliche Veränderungen vornehmen darf, ergibt sich aus der Natur der Sache.[1]) Der angeführte Fall ist analog dem unseren. Eine entsprechende Ausdehnung der Vorschrift auf das faktische Verfügen ist „selbstverständlich“ (insofern hat allerdings Jastrow recht, in dem § 1048 eine Ausnahme von § 1037 zu sehen, wenn auch logisch eine solche nicht vorliegt). Hierdurch wird aber an dem Begriff „verfügen“ selbst nichts geändert, und können daher die §§ 1037, 1048 auch nicht zum Beweise für andere Fälle, wie den des § 1375, herangezogen werden.

Auch im Eherecht, fährt Jastrow fort, liesse sich die gleiche Bedeutung des Ausdrucks nachweisen. § 1375 stelle das Prinzip auf, dass der Mann nicht das Recht habe, über eingebrachtes Gut zu verfügen, während die §§ 1376—1378 die Ausnahmen des Prinzips erörtern.

§ 1377 Abs. 3 bestimmt: Andere verbrauchbare Sachen (Abs. 2 behandelt das zum eingebrachten Gut gehörende Geld) darf der Mann auch für sich veräussern oder verbrauchen.

Diese Worte hätten nach Jastrow nur dann einen Sinn, wenn man annehme, dass ohne sie in § 1375 das Verbot des Verbrauchens enthalten sei, d. h. wenn die Worte „zu verfügen“ im § 1375 nicht auf blosse Verfügungen durch Rechtsgeschäfte, sondern ebenso auf alle tatsächlichen Substanzveränderungen zu beziehen seien. Die Jastrowsche Gedankenreihe wäre also kurz die folgende:

Prinzip: § 1375. Der Mann ist nicht berechtigt, über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. Ausnahme: § 1377 Abs. 3. Verbrauchbare Sachen darf er veräussern und verbrauchen. Also: muss unter den Begriff „verfügen“ „veräussern“ sowohl als auch „verbrauchen“ fallen.

Wir sind jedoch der Ansicht, dass die §§ 1375 und 1377 Abs. 3 gar nicht in dem von Jastrow behaupteten logischen Verhältnis zueinander stehen und wollen dies im folgenden zu zeigen versuchen.

[1]) A. M. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, S. 475.

§ 1375 stellt als Grundsatz auf: Der Mann kann über eingebrachtes Gut nicht verfügen.

§ 1376 stellt demgegenüber einige Ausnahmen fest.

Der Mann kann rechtswirksam verfügen:

1. über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau
2. über Forderungen der Frau (durch Aufrechnung),
3. über bestimmte von der Frau geschuldete Gegenstände (durch Leistung derselben).

§ 1377 bestimmt nun:

Abs. 1: dass der Mann Verfügungen des § 1376 nur zum Zwecke ordnungsmässiger Verwaltung vornehmen soll.

Abs. 2 erklärt näher, was das Gesetz unter ordnungsmässiger Verwaltung hinsichtlich des zum eingebrachten Gute gehörenden Geldes versteht.

Abs. 3 handelt von den anderen verbrauchbaren Sachen ausser Geld. Diese soll der Mann auch für sich veräussern oder verbrauchen dürfen.

Die Nebeneinanderstellung der §§ 1375, 1376, 1377 ergibt zunächst, dass, während die §§ 1375 und 1376 die Rechtswirksamkeit der Verfügungen des Mannes nach aussen hin betreffen, der § 1377 lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift trägt, was auch aus der Terminologie des Gesetzes hervorgeht. Denn in den §§ 1375 und 1376 spricht das Gesetz von „können" resp. von der „Befugnis", worunter wir gleichfalls „rechtliche Fähigkeit" zu verstehen haben;[1]) in § 1377 dagegen von „sollen" und „dürfen". Demnach ist bereits eine logische Ausnahme des § 1377 Abs. 3 von § 1375 unmöglich

§ 1377 geht zunächst in Abs. 1 von der Regel aus, dass gemäss § 1376 über gewisse Gegenstände der Mann rechtswirksam verfügen kann; verlangt aber, er soll dies nur zum Zwecke ordnungsmässiger Verwaltung tun. Handelt er hiergegen, so hat dies natürlich bestimmte interne Wirkungen

[1]) Für die K.O. § 6 ebenso Jaeger a. a. O. S. 63, Anm. 15; vgl. hinsichtlich des § 1375 B.G.B. auch Entwurf § 1319, Protokolle, Bd. IV, S. 144 und S. 158.

(§§ 1359, 1391, 1394 B.G.B.); an der Wirksamkeit der Verfügungen nach aussen aber ändert dies nach der in § 1376 aufgestellten Regel nichts.

Abs. 2 führt näher aus, was das Gesetz unter ordnungsmässiger Verwaltung des Geldes versteht, stellt sich demnach als eine nähere Erläuterung des Abs. 1 dar.

Abs. 3 behandelt die anderen verbrauchbaren Sachen (ausser Geld), über die er ja gemäss dem in § 1376 gegebenen Prinzip rechtswirksam verfügen kann. Während er jedoch im allgemeinen diesbezügliche Verfügungen gemäss § 1377 Abs. 1 nur zum Zwecke ordnungsmässiger Verwaltung treffen soll, wird von dieser allgemeinen Sollvorschrift in Abs. 3 für alle verbrauchbaren Sachen ausser Geld eine Ausnahme getroffen. Der Ehemann soll diese für sich veräussern und demnach auch — was der Gesetzgeber als selbstverständlich nicht ausdrücklich hätte zu sagen brauchen — verbrauchen dürfen. Demnach ist § 1377 Abs. 3 eine Ausnahme von § 1377 Abs. 1, nicht eine solche von § 1375. Für § 1377 Abs. 3 besteht das Prinzip vielmehr in § 1377 Abs. 1 in Verbindung mit § 1376.[1])

Hiermit ist also gezeigt, dass entgegen der Jastrowschen Ansicht, die Worte „zu verfügen“ im § 1375 auf rechtliche Verfügungen beschränkt werden können, ohne dass dadurch die Worte des § 1377 Abs. 3 „veräussern oder verbrauchen“ ihren guten Sinn verlieren.

Dass aber der Ausdruck „verfügen“ auf den Begriff „rechtliches Verfügen“ auch beschränkt werden muss, geht meines Erachtens ohne Zweifel aus der Terminologie des Gesetzes hervor.

Der Gesetzgeber des B.G.B. ist bei der Auswahl einzelner häufig wiederkehrender Zeitwörter besonders sorgfältig zu Werke gegangen.[2]) Dies gilt insbesondere von den Wendungen: „es soll“, „es muss“ einerseits und „es kann“, „es darf“ andererseits Was die Ausdrücke „soll“ und „muss“ betrifft, so ist ihnen gemeinsam, dass durch beide die rechtliche Notwendigkeit des Geschehens ausgedrückt wird; die Folgen jedoch, die die Nicht-

[1]) Aehnlich Planck, a. a. O. Bd. IV, S. 123, § 1377 Anm. 3.

[2]) Vgl. über das Folgende auch Planck a. a. O. Bd. I, Einleitung IV, 4 S. 25 ff.

beobachtung der Vorschriften, die diese Wendungen enthalten, nach sich zieht, sind in beiden Fällen verschieden.

Aehnlich verhält es sich mit den Ausdrücken „es kann" und „es darf".

Was zunächst die negativen Wendungen es „kann nicht", es „darf nicht" angeht, so wird durch beide das betreffende Handeln rechtlich für unzulässig erklärt. Die Rechtsordnung missbilligt ein solches Tun. Die Folgen, die das Gesetz hieran knüpft, sind indessen in beiden Fällen nicht die gleichen. Sagt das Gesetz nämlich „es kann nicht" z. B. der Gesellschafter über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen (vgl. § 719 Abs. 1 B.G.B.), so bedeutet dies, dass das Gesetz einem hiergegen verstossenden Handeln die rechtliche Wirksamkeit versagt, es erklärt dasselbe für null und nichtig. Spricht das Gesetz dagegen von „es darf nicht", so erkennt es das gegen seine Vorschrift erfolgende Handeln zwar als rechtlich vollwirksam an, verlangt aber, dass eine entsprechende Ausgleichung auf anderem Wege, wie z. B. durch Ersatz des entstandenen Schadens, erfolge (vgl. § 671 Abs. 2).

Was nun die positiven Wendungen „es darf" und „es kann" betrifft, so hat diese Unterscheidung zunächst nicht die gleiche Bedeutung, wie die vorher gekennzeichnete der negativen Wendungen. Durch beide Ausdrücke wird das Handeln rechtlich für zulässig erklärt. Insofern ist allerdings die rechtliche Bedeutung beider Ausdrücke die gleiche.[1])

Das Gesetzbuch macht jedoch in der Regel einen Unterschied und wendet das Wort „dürfen" meistens dann an, wenn es jemandem etwas ausnahmsweise gestatten will,[2]) das Wort „können" dagegen in dem Sinne, dass es dem betreffenden gewissermassen gleichzeitig dadurch den Rat erteilt, das den Umständen nach Erforderliche zu tun, dass es das Handeln sanktioniert, es rechtlich für wirksam erklärt.[3])

[1]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 25.

[2]) Vgl. z. B. die §§ 49, S. 1 und 3; 374 Abs. 2; 561; 859 B.G.B.

[3]) Vgl. §§ 102, 113 Abs. 2, 575 und insbesondere § 561 Abs. 1 und Abs. 2, wo der Unterschied besonders deutlich hervortritt.

Wenngleich zugegeben ist, dass der Inhalt der beiden Wendungen zunächst, an und für sich betrachtet, der gleiche ist, so erlangt die Unterscheidung jedoch Bedeutung dann, wenn wir wissen wollen, was den Gegensatz zu der positiv lautenden Gesetzesnorm bilden, was also im Falle des Zuwiderhandelns gegen die betreffende Vorschrift gelten soll.

§ 1048 sagt z. B.: Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs, so kann der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenze einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen. Der Gegensatz hierzu wird also, wenn die oben gekennzeichnete Unterscheidung richtig ist, sein: über die Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft hinaus kann er nicht verfügen, d. h. trotzdem vorgenommene Verfügungen sind unwirksam.[1])

Daher ist es meines Erachtens nicht richtig, wenn Biermann[2]) sagt: „Geht er über diese Grenzen hinaus, so macht er sich schadensersatzpflichtig."

Um dies auszudrücken, hätte der § 1048 bei der dem B.G.B. charakteristischen genauen Ausdrucksweise lauten müssen: . . . „so darf der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen." Dann wäre allerdings der Gegensatz hierzu gewesen: über diese Grenzen hinaus darf er nicht verfügen; und etwaige Zuwiderhandlungen würden zwar nach aussen hin wirksam sein, aber den Niessbraucher zum Schadensersatz verpflichten. Oder aber der § 1048 hätte, um jeden Zweifel auszuschliessen, heissen müssen: „so kann" der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars verfügen; er soll diese Verfügungen jedoch nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft vornehmen.[3])

Wir gelangen demnach zu folgendem Resultat:

Gebraucht das B.G.B. die Wendungen „kann" oder „kann nicht" verfügen, so wird damit die rechtliche Wirksamkeit

---

[1]) Ebenso Planck a. a. O. Bd. III, S. 352; Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III, S. 526.

[2]) Biermann, Sachenrecht § 1048, Nr. 1 S. 151.

[3]) Vgl. die analoge Ausdrucksweise in den §§ 1376 und 1377 Abs. 1.

beziehungsweise Unwirksamkeit der Verfügung bezeichnet. Dadurch ist aber *ipso iure* ausgeschlossen, dass mit dem Begriffe „verfügen“ auch „faktisches“ verfügen gemeint sein könnte. Denn einer faktischen Verfügung, also einer vollendeten Tatsache, kann die Rechtsordnung nicht Rechtswirksamkeit zu- oder aberkennen. Hier kann sie nur noch die Herbeiführung einer Ausgleichung, z. B. auf dem Wege der Schadloshaltung, vorschreiben.

Uns führt somit die Interpretation des Gesetzes hinsichtlich des Begriffes „verfügen“ zu demselben Standpunkt, wie er in den Motiven für den Entwurf vertreten wird, dass nämlich unter verfügen „rechtliches“ verfügen verstanden werden muss.

§ 3.

II. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verfügung.

Der Ausdruck „Verfügung“ wird in dem B.G.B. und in den übrigen Reichsgesetzen in Bedeutungen verwendet, die sich unter zwei gemeinsame Gesichtspunkte vereinigen lassen, unter den Gesichtspunkt des privatrechtlichen und den des öffentlich-rechtlichen Verfügens. Auf der einen Seite sprechen die Gesetze von „gerichtlichen Verfügungen“ (B.G.B. § 186), von „einstweiligen Verfügungen“,[1]) von der „Verfügung einer Zahlungssperre“ (B.G.B. § 802), von „Verfügungen der Staatsgewalt“ (B.G.B. § 1723), von Verfügungen des Vormundschaftsrichters in seiner Eigenschaft als Vorsitzender eines Familienrats (vgl. § 1875 Abs. 3 B.G.B.), auf der anderen Seite sprechen sie von Verfügungen eines Gesellschafters (B.G.B. § 719), des Ehemannes über eingebrachtes Gut der Frau (§ 1375 B.G.B), des Miterben über seinen Anteil an der Erbschaft (B.G.B. § 2033), des Teilhabers über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Gegenstand (B.G.B. § 747), des Gemeinschuldners (K.O. § 6) usw. Was die erstgenannten Verfügungen betrifft, so charakterisieren sie sich sämtlich dadurch, dass sie von einer Behörde, ins-

[1]) B.G.B. §§ 1990 Abs. 2, 2016 Abs. 2; Z.P.O. §§ 935 — 945 u. a.; G.B.O. § 25; K.O. §§ 41, 221 usw.

besondere von einem Richter in Ausübung seiner Amtsbefugnisse, bewirkt werden, während die letztgenannten Verfügungen als Privatwillenserklärungen zu bezeichnen sind.

Was wir unter Privatwillenserklärung zu verstehen haben, bedarf der näheren Erläuterung. Der Ausdruck „Privatwillenserklärung" kann die Vorstellung erwecken, als handele es sich um eine solche dann, wenn durch eine Willenserklärung private Rechte begründet würden oder überhaupt eine Einwirkung erführen. Dies ist nicht richtig; denn Privatrechte können auch durch Akte der Staatsgewalt begründet oder verändert werden. Es ist hier z. B. an die Enteignung, die Erteilung von privatrechtlichen Privilegien, das richterliche Urteil zu denken. Oder aber der Begriff „Privatwillenserklärung" könnte die Vorstellung erweken, als ob die Willenserklärung im Unterschied von der öffentlich-rechtlichen, die von einer Behörde ausginge, seitens einer Privatperson erfolgen müsste. Dem steht entgegen, dass ebenso wie die Behörden, z. B. der Fiskus, auch Privatpersonen öffentlich-rechtliche Willenserklärungen in gleicher Weise wie privatrechtliche abgeben können. Der Richter kann Verfügungen (z. B. als Vormundschaftsrichter) erlassen, wie er andererseits Rechtsgeschäfte privater Natur abschliessen kann.

Die Willenserklärungen einer Privatperson, einer Person, die nicht mit amtlichen Befugnissen ausgestattet ist, werden in der Regel zwar privatrechtlicher Natur sein, häufig gibt aber auch eine Privatperson Willenserklärungen öffentlich-rechtlichen Charakters ab; sie erhebt Klage,[1]) gibt in der öffentlichen Wahl ihre Stimme ab usw.

Der Unterschied der privat- und öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen charakterisiert sich demnach weder durch die Wirkung der Willenserklärung, noch durch die die Erklärung abgebende Person,[2]) als vielmehr dadurch, auf Grund welches

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. I, S. 331.

[2]) Man ist leicht geneigt, dies zu tun, indem man jeden Menschen gewissermassen in zwei Teile, einen privat- und einen öffentlich-rechtlichen, zerlegt und hiernach die von ihm abgegebenen Willenserklärungen bald als privat-, bald als öffentlich-rechtliche bezeichnet. Dies würde meist auch das richtige reffen. Es gibt indessen Fälle, in denen dies nicht durchführbar ist, wie z. B. bei der Erhebung der Klage.

Rechtes oder besser aus welcher Rechtssphäre die Person ihren Willen erklärt. Die Privatperson, die Kaufgeschäfte abschliesst, tut dies „aus privatem Recht“; wählt sie in der öffentlichen Wahl oder erhebt sie Klage, so geschieht dies ihrerseits auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen, „aus öffentlichem Recht“.

Privatwillenserklärungen sind demnach Willenserklärungen, die „aus privatem Recht“, öffentlich-rechtliche Willenserklärungen solche, die „aus öffentlichem Recht“ erfolgen.

Unter diese beiden Kategorien von Willenserklärungen werden wir die Verfügungen im allgemeinen unschwer unterordnen können.

Nur bezüglich einer bestimmten Gruppe von Verfügungen, die das B.G.B. nennt, könnte man zweifelhaft sein, unter welche Kategorie sie fallen; ich meine die Verfügungen durch den Konkursverwalter und diejenigen, welche „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung“ erfolgen.

Eine Eigentümlichkeit von ihnen ist zunächst die, dass sie in zahlreichen Fällen neben den von dem B.G.B. als „rechtsgeschäftlichen“ Verfügungen bezeichneten genannt werden und der gleichen rechtlichen Behandlung wie diese unterliegen. Es fragt sich: sind die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen im Sinne des Gesetzes privat- oder öffentlich-rechtliche?

Hierauf könnte man antworten: der Name „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung“, Rechtsakte, deren Ausführung staatlichen Organen vorbehalten sei, deute darauf hin, dass es sich um öffentlich rechtliche Willenserklärungen handele, die von den privatrechtlichen Verfügungen streng zu scheiden seien. Indessen so zu argumentieren, wäre aus drei Gründen bedenklich. Erstens hat der Begriff der öffentlich-rechtlichen Verfügung, wie wir ihn im Gegensatz zu dem der privatrechtlichen oben näher zu kennzeichnen versuchten, den Charakter einer behördlichen Anordnung, die zwar häufig auf Antrag einer Privatperson, ergeht, wie z. B. im Falle der Legitimation eines unehelichen Kindes (§ 1723 B.G.B.), die andererseits aber auch ohne irgend einem privaten Willen zu ent-

sprechen, ergehen, sogar Strafcharakter tragen kann, wie z. B. die genannten Verfügungen des Vormundschaftsrichters.[1]) Gemeinsam ist diesen Verfügungen jedoch, dass ihnen der geschäftliche Charakter völlig fehlt. Einen solchen haben aber zweifellos die „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung" erfolgenden Verfügungen. Man denke z. B. an die Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher, die Begründung eines Pfandrechts durch diesen usw.

Zweitens ist von Bedeutung die Form, die das B.G.B. gewählt hat. Während es die öffentlich-rechtlichen Verfügungen als „gerichtliche" Verfügungen, als „Verfügungen durch die Staatsgewalt" usw. bezeichnet, spricht es hier von Verfügungen, die „**im Wege** der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung" erfolgen.

Das Gesetz nennt diese also nicht Verfügungen durch das Gericht, durch den Gerichtsvollzieher, wie es getan haben würde, wenn es hätte ausdrücken wollen, dass der Gerichtsvollzieher oder der Richter die Verfügenden seien. Indessen wer verfügt denn, könnte man fragen, da doch z. B. bei dem Rechtsakte der Pfändung der Gerichtsvollzieher die einzig tätige Person ist? Hierauf erhalten wir in den Motiven[2]) eine Antwort; es heisst dort: „Den Verfügungen und insbesondere den Veräusserungen, welche der Beteiligte selbst vornimmt, stehen diejenigen gleich, welche wie bei der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung, „aus seinem Rechte" erfolgen." Das Wörtchen „bei" besagt zunächst, dass nicht die Zwangsvollstreckungs- oder Arrestvollziehungsakte als Verfügungen in Betracht kommen, dass also die die Zwangsvollstreckung bewirkenden Beamten auch nicht diejenigen sein können, die die Verfügungen treffen. Sodann bezeichnet der Ausdruck „aus seinem Rechte" deutlich, wie der Gesetzgeber die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" oder Arrestvollziehung aufgestellt wissen will. Nicht der Gerichtsvollzieher, der pfändet oder versteigert, verfügt, son-

---

[1]) Vgl. § 1875 B.G.B.

[2]) Motive Bd. I S. 128.

dern der Gesetzgeber fingiert, der zur Verfügung Berechtigte verfügt selbst. Daher die Ausdrucksweise: „Die Verfügung erfolgt „aus seinem Recht“.“ [1])

Ein dritter Grund endlich, der dafür spricht, dass die Ausdrucksweise des Gesetzes („im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung“) nicht notwendig zu der Auffassung zu führen braucht, es handele sich hier um „öffentlich-rechtliche“ Verfügungen, wäre folgender: Ausser den bisher genannten Verfügungen erwähnten die Entwürfe noch die sogenannte Verfügung durch Urteil. Diese wurde anfangs beibehalten; trotzdem war man sich in der zweiten Kommission nicht im Zweifel darüber, dass die „Verfügung durch Urteil“ sachlich wie eine solche durch Rechtsgeschäft behandelt werden müsse, es sei nur eine Frage der Redaktion, ob von der ersteren besonders gesprochen werden solle.[2]) Schliesslich wurde die Kategorie der durch Urteil erfolgenden Verfügungen beseitigt, in der Erwägung, dass es sich in § 779 Z.P.O. (jetzt § 894) um den Ersatz einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung handle.[3])

Hieraus ergibt sich also, dass die „Verfügungen durch Urteil“ als privatrechtliche Verfügungen aufzufassen sind. Auch hier findet aber eine Fiktion statt. Eine Willenserklärung erfolgt in Wahrheit seitens des Berechtigten nicht; sie „gilt“ vielmehr gemäss § 894 Z.P.O. als abgegeben.

Für uns ziehen wir hieraus den Schluss, dass wir ebenso hinsichtlich der Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung für den Begriff „Verfügung“ nicht unbedingt ein Selbsttätigwerden des Berechtigten für erforderlich zu halten brauchen, sondern dass auch dieser als Verfügender angesehen werden kann, wenn nur „aus seinem Rechte“ verfügt wird.

Aus alledem folgt, dass die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen als privatrechtliche Verfügungen im Sinne des B.G.B. zu gelten haben.

---

[1]) Vgl. näheres hierüber im § 9 der Arbeit.

[2]) Vgl. Protokolle, Bd. 5 S. 113.

[3]) Vgl. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 41, S. 592 ff.

Was die Verfügungen des Konkursverwalters betrifft, die das B.G.B. an einigen Stellen neben denjenigen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, erwähnt,[1]) so fallen auch sie unter den Begriff der „privatrechtlichen Verfügungen". Wenn auch der Konkursverwalter als „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses" (vergl. R.G. Bd. 29, S. 36) anzusehen ist, so folgt hieraus nicht, dass er Beamter im öffentlich-rechtlichen Sinne ist, und dass seine Willenserklärungen öffentlich-rechtlicher Natur sind.[2])

§ 6 Abs. 2 K.O. sagt, dass das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners durch einen Konkursverwalter ausgeübt wird. Es ist nun nicht gut denkbar, dass Willenserklärungen, die, wenn sie vom Gemeinschuldner abgegeben würden, Rechtsgeschäfte wären, dadurch, dass das Verfügungsrecht vom Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter, eine andere Privatperson, übergeht, ihren privatrechtsgeschäftlichen Charakter verlieren. Wie vorher der Gemeinschuldner, so schliesst jetzt der Konkursverwalter, ohne allerdings sein Vertreter zu sein (vgl. R.G. Bd. 29, S. 36), Rechtsgeschäfte jeglicher Art ab, kontrahiert als Privatperson. Seine Verfügungen sind also rechtsgeschäftliche, privatrechtlicher Natur, ebenso wie die Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen.

§ 4.

III. Privatrechtliche Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen.

Wir haben bisher die Unterscheidung der privatrechtlichen Verfügungen in solche „unter Lebenden" und solche „von Todes wegen" ausser Acht gelassen. Was die letzteren betrifft, so verwendet das Gesetz zwei Ausdrücke: „die Verfügung von

[1]) Vgl. §§ 161, 184 Abs. 2, 353 Abs. 2, 499, 883 Abs. 2, 2115 B.G.B

[2]) Anderer Meinung allerdings Gareis, B.G.B. Allgemeiner Teil, der die Verfügungen des Konkursverwalters als öffentlich-rechtliche neben denen des Richters nennt und sie den privatrechtsgeschäftlichen gegenüberstellt.

Todes wegen" und „die letztwillige Verfügung." Diese Begriffe decken sich nicht. Denn während die „letztwillige Verfügung" nur das Testament bezeichnet sowie eine einzelne im Testament getroffene Anordnung,[1]) sich also als eine einseitige Verfügung darstellt, welche jederzeit widerrufen werden kann, die jedoch — wenn sie unwiderrufen bleibt — den letzten Willen des Erblassers bedeutet,[2]) umfasst der Begriff „der Verfügung von Todes wegen" neben den einseitigen Verfügungen auch die vertragsmässigen, die sogenannten Erbverträge.[3]) Nun werden zwar die Erbverträge — wörtlich genommen — „unter Lebenden" geschlossen; dass sie trotzdem keine Verfügungen „unter Lebenden" sind, ergibt sich aus ihrem Zweck. Sie bezwecken die Regelung der Vermögensverhältnisse der Vertragschliessenden für den Todesfall des einen von beiden. Sie sind daher zwar Verträge „unter Lebenden", aber „Verfügungen von Todes wegen". Demgemäss bleiben beide, die letztwilligen Verfügungen sowohl wie die Erbverträge, für uns ausser Betracht.

B. Erläuterung des Begriffes „Verfügung".

§ 5.

I. Früher: Geschichtliche Vorbemerkung.

Wir wenden uns nun zu dem Begriff der Verfügung selbst. Der Gebrauch des Ausdrucks „Verfügung" in der juristischen Literatur ist nicht neu. Er kommt bereits im gemeinen Recht vor und wird hier in gleicher Bedeutung wie „Disposition" verwendet. Es fragt sich: erfolgt der Gebrauch dieser beiden Ausdrücke gemeinrechtlich in einem bestimmten technischen Sinne?

Puchta[4]) bespricht die Erfordernisse für die Rechtsgeschäfte und nennt, nachdem er sich mit der Handlungsfähigkeit be-

---

[1]) Erbeinsetzung oder sonstige Disposition, vgl. Motive, Bd. V. S. 6.

[2]) Vgl. Motive, Bd. V, S. 6 und § 1937 B.G.B.

[3]) An einzelnen Stellen nennt sie das Gesetz „vertragsmässige Verfügungen", vgl. §§ 2294, 2295, 2297, 2298, 2299 B.G.B.

[4]) Puchta, Pandekten, Bd. I, S. 78.

schäftigt hat, als weiteres Erfordernis die Befugnis, über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes in der durch dieses gegebenen Art zu verfügen. Hiermit ist gesagt, dass man von der Verfügungsbefugnis als von der Befugnis, in einer rechtlich genau umgrenzten Art und Weise auf eine Sache oder ein Recht einzuwirken, nicht reden kann, dass vielmehr in jedem einzelnen Falle zu untersuchen ist, welche Handlungen als Verfügungen über den betreffenden Gegenstand in Betracht kommen.

Puchta geht sodann auf die einzelnen Fälle ein, in denen die Befugnis ausgeschlossen ist, und wendet hierbei den Ausdruck „Verfügung“ in gleicher Weise für Veräusserungs- und Verpflichtungsgeschäfte an.[1])

Auch im Preussischen Recht wird der Ausdruck „Verfügung“ nicht in einheitlich technischem Sinne gebraucht. Man vergleiche z. B. Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. III, S. 416, 417. Es ist hier die Rede von dem Vermächtnis des Niessbrauchs, mit dem nicht selten die Befugnis verbunden würde, mit dem Vermögen „schalten und walten zu dürfen“. Von dieser Befugnis spricht Dernburg als von einem „Verfügungsrecht“.[2])

Am klarsten bringt Kohler[3]) den Gedanken, dass es ein Dispositionsrecht als solches nicht gebe, zum Ausdruck. Kohler sagt: „Die Distraktion ist in seine (des Niessbrauches) Diskretion, in sein vernünftiges wirtschaftliches Ermessen gestellt; sie ist, ich möchte sagen, auf seine Persönlichkeit zugeschnitten, sie ist auf seine Lebensgewohnheiten, auf seine Lebensverhältnisse berechnet, das Dispositionsrecht eines anderen wäre ein anderes Dispositionsrecht.“

Wir kommen somit für das ältere Recht zu folgendem Resultat: Die Ausdrücke Verfügungsrecht, Dispositionsrecht, Ver-

---

[1]) Vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I, S. 358 Anm. 4, wo als Beispiel dafür, dass niemand über die Rechtssphäre eines anderen verfügen könne, angeführt wird. „Es kann niemand durch sein Versprechen einen anderen zum Schuldner machen.“

[2]) Vgl. Preuss. Privatrecht, Bd. III, S. 447 Anm. 10; vgl. bezüglich des Begriffes „verfügen“ auch Preuss. A.L.R. II, 1 §§ 247 und 561.

[3]) Der Dispositionsniessbrauch, in Iherings Jahrb., Bd. 24 S. 314.

fügung (Disposition) sind keine geschlossenen Begriffe, unter denen wir uns etwas bestimmtes, einheitliches vorstellen könnten. Es gibt nicht ein Verfügungs- oder (Dispositions)-Recht als solches; vielmehr gibt es verschiedene Verfügungs- (oder Dispositions)-Rechte, deren Inhalt und Umfang sich nach der Eigenschaft der Personen richtet, die Subjekte genannter Rechte sind. Der Ausdruck „Verfügung" nimmt daher durchaus verschiedene Bedeutungen an, je nachdem es sich um das Verfügungsrecht des Ehemannes, das des Vormundes, das des Niessbrauches usw. handelt.[1]) Erst durch das B.G.B. hat der Begriff „Verfügung" einen genau umgrenzten Inhalt erhalten.

§ 6.

II. Jetzt: im B.G.B. und in den übrigen Reichsgesetzen.

1. Definition.

Während in den Motiven der Begriff „Rechtsgeschäft" definiert ist, wird von der „Verfügung" lediglich gesagt:

„Unter Verfügen versteht der Entwurf, soweit nicht eine nähere Erläuterung beigefügt ist, rechtliches Verfügen."[2])

Die in den Lehrbüchern und Kommentaren wiederkehrenden Definitionen erläutern die Verfügung meist als ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise aufgibt oder aus der Fülle einer ihm zustehenden Macht heraus ein neues Recht zugunsten eines anderen und zu seinen Lasten schafft;[3]) oder als ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.[4])

---

[1]) Roth, System des deutschen Privatrechts, Bd. II S. 442, 443, spricht von dem Verfügungsrecht des Vormundes und nennt als einzelne Rechtshandlungen, zu denen er auf Grund seines Verfügungsrechtes befugt sei: Vornahme unentgeltlicher Erwerbshandlungen, Annahme und Ausschlagung von Erbschaften und Vermächtnissen, Leistung von Zahlungen, Aufnahme von Darlehen, Abschluss obligatorischer Rechtsgeschäfte.

[2]) Motive, Bd. I, S. 128.

[3]) Vgl. z. B. Cosack a. a. O. Bd. I, S. 153.

[4]) Planck a. a. O. Bd. I, S. 148; Fuchs a. a. O. S. 42.

Dernburg[1]) definiert die Verfügungen als Rechtsgeschäfte, welche unmittelbar auf bestehende Vermögensrechte einwirken, sie übertragen, verändern oder beendigen.

Andere definieren nicht die Verfügung als „Rechtsgeschäft", sondern sagen: Rechtsgeschäftliche (oder privatrechtsgeschäftliche) Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches hinsichtlich eines subjektiven Rechtes eine Rechtsänderung unmittelbar bewirkt wird.[2])

Wieder andere geben farblosere Definitionen und sprechen von der Verfügung als von einer „rechtlichen Disposition über eine Sache".[3])

Was zunächst die Endemannsche Definition der Verfügung als einer rechtlichen Disposition über eine Sache betrifft, so ist sie für uns wertlos, da der technische Begriff der Verfügung in ihr nicht zum Ausdruck kommt. In den anderen Definitionen wird meistens zutreffend der Inhalt der Verfügung als Einwirkung auf ein Recht durch Uebertragung, Veränderung oder Beendigung desselben charakterisiert. Im einzelnen weichen die Definitionen darin voneinander ab, dass im Gegensatz zu der Mehrheit, in denen die Verfügung als ein Rechtsgeschäft bezeichnet wird, in den einen Definitionen nicht die Verfügung als solche, als vielmehr die „rechtsgeschäftliche" Verfügung begrifflich bestimmt wird.

Beide Arten von Definitionen, mögen sie auch in der Hauptsache das Richtige treffen, können vom formalen Gesichtspunkte aus nicht befriedigen. Diejenigen Schriftsteller, die die „Verfügung" schlechthin als „Rechtsgeschäft" definieren, übersehen, dass das B.G.B. auch privatrechtliche Verfügungen kennt, die nicht Rechtsgeschäfte sind, ich meine die Verfügungen „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung" (vgl. § 9 der Arbeit). Die anderen hingegen, die die rechtsgeschäft-

---

[1]) Dernburg Bürgerliches Recht, Bd. I, S. 342.

[2]) z. B. Neumann a. a. O. Bd. I, S. 45; Fischer-Henle a. a. O. S. 49.

[3]) Endemann a. a. O. Bd. I, S. 248, Anm. 6. Vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I, S. 273, 274, wo der Begriff nicht definiert wird, sondern nur einzelne Erscheinungsformen derselben genannt werden.

liche Verfügung zum Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung nehmen, treffen zunächst nur einen Bestandteil des allgemeinen Begriffs Verfügung, wie er insbesondere im B.G.B. angewendet wird.

Wir müssen die Verfügung daher allgemeiner definieren als: einen Rechtsakt, der auf unmittelbare Uebertragung, Aufhebung oder Aenderung eines Rechts gerichtet ist, und der sich vollzieht in Gemässheit und infolge des Willens der Person, deren Recht eine Einwirkung erfährt („rechtsgeschäftliche Verfügung") oder ohne ihren Willen mittels behördlichen Eingreifens („Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung").

Wir haben diese Definition im einzelnen zu erläutern.

2. Erläuterung der Definition im einzelnen.

§ 7.

a) Rechtsakt.

Die Verfügung ist ein Rechtsakt. Hiermit ist einmal ausgesprochen, dass die Verfügung keine faktische, sondern eine rechtliche Handlung ist (über diese Frage vgl. § 2 dieser Arbeit).

Sodann aber ist der Ausdruck „Rechtsakt" gewählt, weil, wie bereits gesagt ist, die Bezeichnung der Verfügung im Sinne des B.G.B. als eines Rechtsgeschäftes zu eng wäre. Um dies zu erläutern, wollen wir den § 135 B.G.B., der von den gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot verstossenden Verfügungen handelt, näher ins Auge fassen.

Im ersten Satze werden die Verfügungen über einen Gegenstand, die gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot verstossen, denjenigen Personen gegenüber für unwirksam erklärt, deren Schutz das Veräusserungsverbot bezweckt. Sodann fährt Satz 2 fort: „der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgt". Während demnach Satz 1 allgemein von „Verfügungen" spricht, können wir Satz 2 als eine Erläuterung dessen ansehen, was im vorliegenden Falle das Gesetz unter

dem allgemeinen Begriffe „Verfügung“ verstanden wissen will. Satz 2 sagt mit anderen Worten: Es soll kein Unterschied für die Anwendung des in Satz 1 ausgesprochenen Grundsatzes gemacht werden, ob die Verfügung durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgt. Dass die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgende Verfügung, ebenso wie die rechtsgeschäftliche, als privatrechtliche Verfügung anzusehen ist, wurde oben (§ 3) näher ausgeführt und geht auch aus der Fassung des § 135 hervor, der in Satz 1 unmöglich mit dem allgemeinen Begriff „Verfügung“ einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Rechtsakt zugleich bezeichnen kann. Demgemäss fallen beide Arten von Verfügungen, sowohl diejenigen, die durch Rechtsgeschäft, als auch diejenigen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, unter den allgemeinen Begriff „Verfügung“, wie er in § 135 Satz 1 vom B.G.B. gebraucht wird.

Wollen wir also die „Verfügung“ begrifflich feststellen, so müssen wir ein Wort wählen, das beide Kategorien „Verfügungen“ umfasst. Wir bezeichnen daher die Verfügung als einen „Rechtsakt“.

§ 8.

b) „In Gemässheit und infolge des Willens“ (rechtsgeschäftliche Verfügung).

Wir definierten die „Verfügung“ als einen Rechtsakt, der sich vollzieht in Gemässheit und infolge des Willens der Person, deren Recht eine Einwirkung erfährt, oder ohne ihren Willen mittels behördlichen Eingreifens. Durch die Worte „in Gemässheit und infolge des Willens“ soll die rechtsgeschäftliche Verfügung im Gegensatz zu der im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden bezeichnet werden. Die privatrechtliche Verfügung des B.G.B. kann also und wird auch in den meisten Fällen „Rechtsgeschäft“ sein.

Der Begriff des Rechtsgeschäftes war seit seiner Einführung in die Literatur, die durch Hugo 1805 erfolgte, streitig,

und auch heute sind die Kontroversen, obwohl durch das B.G.B. die Frage eine erhebliche Förderung erfahren hat, noch nicht erledigt. Wurde von einigen Schriftstellern der Begriff möglichst weit ausgedehnt, indem ihm die Besitz- und Eigentumserwerbshandlungen, die Spezifikation und die Dereliktion untergeordnet wurden,[1]) so haben ihm andere wiederum eine engere Auslegung gegeben, indem sie bald die reinen Besitz- und Eigentumserwerbshandlungen,[2]) bald die Spezifikation[3]) aus der Zahl der Rechtsgeschäfte ausschieden. Das B.G.B. gibt keine Definition. Die Motive jedoch enthalten eine Begriffsbestimmung, die sich der herrschenden, insbesondere von Windscheid vertretenen Auffassung anschliesst. An dieser hielt auch die zweite Kommission fest (Protokolle Bd. 1, S. 130), mit dem Hinzufügen: „Im Gesetz selbst habe eine Begriffsbestimmung nicht Aufnahme gefunden, die Wissenschaft sei also in keiner Weise behindert, den Begriff in freier Weise zu entwickeln."

Wir schliessen uns der in den Motiven[4]) gegebenen Definition an und verstehen demnach unter „Rechtsgeschäft" eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Hier wird der Wille der Person durch den Willen des Rechts lediglich sanktioniert. Das Rechtsgeschäft ist die *„causa efficiens"* der Rechtswirkung.[5]) Den Rechtsgeschäften werden in den Motiven in einem ganz bestimmten technischen Sinne die „Rechtshandlungen" gegenübergestellt. Diese werden als Handlungen definiert, an welche Rechtsfolgen sich anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechts-

[1]) Vgl. Giercke a. a. O. Bd. I S. 281 Anm. 7; Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 287 sieht auch in der „Erfindung" ein Rechtsgeschäft und definiert daher dieses als eine menschliche Tätigkeit, welche Rechtsfolgen nach sich zieht, die auf Billigung des Rechts beruhen und über das Mass derjenigen Rechtsfolgen hinausgehen, welche sich an den Natureffekt der menschlichen Handlung als puren Natureffekt knüpfen.

[2]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 281.

[3]) Bekker, Pandekten, S. 42.

[4]) Motive Bd. I S. 126.

[5]) Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 4.

ordnung gleichgültig ist, ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind.[1]) Hier ist also der Wille des Rechts die *„causa efficiens"* für die Rechtswirkung, die Handlung nur die Voraussetzung oder Bedingung derselben.[2])

Die Frage, ob ein „Rechtsgeschäft" oder eine „Rechtshandlung" vorliegt, erlangt für uns besondere Bedeutung bezüglich der Dereliktion. Ist diese nämlich Rechtsgeschäft, so enthält sie auch eine rechtsgeschäftliche Verfügung, denn die Wirkung der Dereliktion ist die unmittelbare Aufhebung eines Rechts.

Die praktische Bedeutung der Frage möge durch ein Beispiel erläutert werden:

Der § 2211 B.G.B. enthält die Bestimmung, dass der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht verfügen kann. Das heisst, verfügt der Erbe entgegen dieser Vorschrift trotzdem über einen solchen, so ist seine Verfügung unwirksam. Ist nun die Dereliktion Rechtsgeschäft, mithin rechtsgeschäftliche Verfügung, so kann der Erbe nach § 2211 sein Eigentum nicht durch Dereliktion aufgeben; ist sie dagegen Rechtshandlung, d. h. knüpft sich an die Handlung des Derelinquierens der Erfolg des Eigentumsverlustes unabhängig von dem Willen des Handelnden, so kann der Erbe rechtswirksam derelinquieren, und die Vorschrift des § 2211 kommt nicht zur Anwendung.

Nach § 959 B.G.B. wird eine bewegliche Sache herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Eine „Rechtshandlung" würde also hierin liegen, wenn das Gesetz die *„causa efficiens"* für die Wirkung der Herrenlosigkeit, die Aufgabe des Besitzes mit dem Eigentumsverzichtwillen lediglich Voraussetzung (oder Bedingung) der vom Gesetz normierten Wirkung wäre; ein „Rechtsgeschäft" dagegen, wenn die Rechtswirkung deshalb einträte, weil sie gewollt ist, das Gesetz sich also gewissermassen als Werkzeug des Willens des Derelinquierenden darstellte. Die

[1]) Motive Bd. I S. 127.

[2]) Vgl. Karlowa a. a. O.

Frage ist allerdings schwer zu entscheiden. Man könnte anführen, der Zweck des Gesetzes sei der, dass die vom Eigentümer aufgegebene Sache nicht ungenutzt bleibt; der Gesetzgeber erklärt sie für herrenlos, um sie für jeden okkupierbar zu machen; denn was dem einen nicht zu statten komme, könne vielleicht einem anderen von grossem Nutzen sein. Das Gesetz lasse demnach nicht Herrenlosigkeit eintreten, um den Willen des Eigentümers zu respektieren, als vielmehr aus Rücksicht auf die Allgemeinheit.

Richtiger ist es meines Erachtens jedoch, sich auf den entgegengesetzten Standpunkt zu stellen: Der Gesetzgeber will jedem die Möglichkeit geben, sich einer Sache zu entledigen, die vielleicht mehr Nachteil als Vorteil bietet.[1])

Der berechtigte Wille des Eigentümers verdient berücksichtigt zu werden. Auf diese Anschauung weist auch die geschichtliche Entwickelung: Während im römischen Rechte die Prokulianer den Rechtserfolg der *derelictio* nicht dem Willen des Derelinquenten entsprechend zulassen wollten, sondern erst Besitzergreifung durch Dritte verlangten (l. 2, 1 D. *pro derelicto* 41, 7: *Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit)*, drang später die Meinung durch, dass mit der Dereliktion sofort Herrenlosigkeit einträte (vgl. l. 1 D. *pro derelicto* 41, 7).[2])

Wir haben daher den Willen des Eigentümers, nicht den des Gesetzes als die *„causa efficiens“* anzusehen. Schliessen wir uns also der von den Motiven gegebenen Unterscheidung von „Rechtsgeschäft“ und „Rechtshandlung“ an, so ist die Dereliktion „Rechtsgeschäft“ und damit auch „rechtsgeschäftliche Verfügung“.

Wie aber, wenn wir zu dem Resultat gelangten, dass die Dereliktion „Rechtshandlung“ wäre? Ist es dann zutreffend zu sagen,[3]) dass in dem oben angeführten Beispiel die Dereliktion des Erben wirksam sei? Oder findet die für Rechtsgeschäfte

[1]) So auch Labeo in der l. 6 § 2 D. *si servitus vindicetur* 8, 5.

[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I, 2 § 223 Anm. 2, S. 130, 131.

[3]) Vgl. oben S. 25.

geltende Vorschrift des § 2211 analoge Anwendung auf die Dereliktion? In einzelnen Fällen mag eine entsprechende Anwendung der für „Rechtsgeschäfte" geltenden Vorschriften auf Rechtshandlungen am Platze sein;[1]) da jedoch, wo es sich um die Rechtswirksamkeit respektive Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes handelt, ist eine solche Anwendung unmöglich.

Nehmen wir z. B. an, der Erbe fügt einen der Nachlassverwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Brillanten in einen einem anderen gehörigen kostbaren Ring ein, so erlangt der Ringeigentümer Eigentum am Brillanten (§ 947 Abs. 2 B.G.B.), ob der Erbe diesen Effekt tatsächlich gewollt hat oder nicht.

Dieser Gedanke, dass die Rechtsordnung einem rechtlichen Erfolge, den sie selbst einmal unabhängig von dem Willen der beteiligten Personen, gewissermassen wie wenn er durch Naturkräfte herbeigeführt wäre,[2]) vorgeschrieben hat, — dass die Rechtsordnung einem solchen Erfolge nicht wiederum die rechtliche Wirksamkeit entziehen kann, gilt naturgemäss für alle Rechtshandlungen und würde auch hinsichtlich der Dereliktion zur Anwendung kommen, vorausgesetzt eben, dass wir sie unter die Kategorie der Rechtshandlungen rechneten. Mit anderen Worten, auf die Dereliktion würde § 2211 deswegen keine Anwendung finden, weil sie als Rechtshandlung eine faktische, keine rechtliche Verfügung enthielte.[3])

Die Unterscheidung der „Rechtsgeschäfte" und „Rechtshandlungen", wie sie die Motive vorschlagen, und wie sie für das B.G.B. anzunehmen meines Erachtens äusserst zweckmässig erscheint, lässt sich allerdings hinsichtlich der übrigen Reichsgesetze nicht in gleicher Weise durchführen.

Die Motive bemerken in dieser Hinsicht: „Inwieweit der mit demselben (gemeint ist mit dem Ausdruck Rechtshandlung) verbundene Begriff der Sprache der bisherigen Reichsgesetze

---

[1]) Vgl. Motive, Bd. I S. 127; Protokolle, Bd. I S. 130; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. I S. 333.

[2]) Wie bei der *alluvio, avulsio* usw.

[3]) Damit kommen wir auf denselben Gedanken zurück, den wir bereits in § 2 (vgl. S. 2 ff.) angedeutet haben.

entspricht, kann auf sich beruhen."[1]) In der Tat erfolgt z. B. die Verwendung des Ausdruckes „Rechtshandlung" in der Konkursordnung[2]) in einem von den oben bezeichneten abweichenden Sinne. Unter „Rechtshandlungen" im Sinne der K.O. sind alle Willensbetätigungen zu verstehen, mit denen die Rechtsordnung rechtliche Erfolge verknüpft.[3]) Zu diesen gehören demgemäss auch die rechtsgeschäftlichen Verfügungen. Wenn wir auch den Begriff „Rechtshandlung" in diesem allgemeinen Sinne für das B.G.B. in der Weise verwenden können, dass wir ihn den „Rechtsgeschäften" überordnen, so werden wir jedenfalls zweckmässig den Ausdruck „Rechtshandlung" auch in der von den Motiven vorgeschlagenen Weise für das B.G.B. anwenden können, indem wir „Rechtshandlungen im weiteren" und „Rechtshandlungen im engeren Sinne" unterscheiden.

Dadurch jedoch, dass die K.O. den Ausdruck „Rechtshandlung" nur in dem einen (weiteren) Sinne anwendet, kann sich an dem Begriffe „Rechtsgeschäft" und daher an dem Begriffe „rechtsgeschäftliche Verfügung" nichts ändern.[4]) Anderer Ansicht scheint Jäger für die K.O. zu sein, der die „unentgeltliche Verfügung" erläutert[5]) und von dieser sagt: „Sie kann in einem einseitigen Rechtsgeschäft auch in einseitiger Rechtshandlung bestehen, z. B. im einseitigen Aufgeben eines Rechts, im Unterlassen einer Verteidigung, im Verjährenlassen."

Was insbesondere das „Verjährenlassen" betrifft, so ist meines Erachtens nicht zutreffend, es zu den „unentgeltlichen Verfügungen" zu rechnen. Denn dann müssten wir entweder die Rechtshandlungen im weiteren Sinne, denen sich die Rechtshandlungen im engeren Sinne unterordnen, den rechtsgeschäftlichen Verfügungen analog behandeln, was — wie oben ausgeführt — nicht angängig ist, oder das „Verjährenlassen" zu den Rechtsgeschäften zählen. Dies wäre aber nach dem oben

---

[1]) Motive Bd. I S. 127.

[2]) Vgl. §§ 7, 29, 30, 31, 33, 35 u. a.

[3]) Vgl. Jäger, K.O. § 7 Anm. 2 S. 73.

[4]) Der derselbe ist, wie der des B.G.B., vgl. § 16 dieser Arbeit.

[5]) Vgl. Jäger a. a. O. S. 258.

gesagten nicht zutreffend und würde auch zu unsinnigen Konsequenzen führen, wie durch ein Beispiel gezeigt werden soll.

Nach § 1375 umfasst das Verwaltungsrecht des Mannes nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen. Wir wollen nun den folgenden Fall annehmen: Die Frau hat in die Ehe eine Mietsbücherei eingebracht, aus der der Mann eine Anzahl wertvoller Bücher vermietet hat. Der Kunde reist mit den gemieteten Büchern ins Ausland und kehrt erst nach fast 30 Jahren in die Heimat zurück. Die Frau erinnert ihren Mann daran, dass der Mieter ihnen noch mehrere Bücher schulde; der Mann jedoch will sich mit derartigen „längst vergessenen Dingen", wie er sagt, nicht befassen und lässt die auf Rückgabe der Bücher gerichtete Forderung entgegen den Willen seiner Frau verjähren. Es fragt sich nun: Kann die Frau auf Grund des § 1375 die vermieteten Bücher zurückverlangen, da ihr Mann ja nicht über eingebrachtes Gut verfügen kann, oder nicht? Die Frage ist ohne Zweifel zu verneinen. Das absichtliche Verjährenlassen ist kein Rechtsgeschäft. Denn die Rechtsordnung lässt die Verjährung nicht eintreten, weil dies von dem Berechtigten gewollt ist, sondern gerade im Gegenteil regelmässig gegen den Willen oder doch zum wenigsten unabhängig von dem der Berechtigten. Die Motive sprechen diesen Gedanken deutlich aus: „Grund und Zweck der Verjährung ist, der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen".[1]) Das absichtliche Verjährenlassen ist aber auch nicht „Rechtshandlung". Zutreffend führt Neumann[2]) aus, dass die Begriffe Rechtsgeschäft und Rechtshandlung unter den allgemeinen Begriff der Handlung als eines gewollten Tuns fallen. Nun steht allerdings das gewollte Unterlassen im Recht dem Handeln in jeder Wirkung gleich, sofern die Unterlassungen „Ergebnis und Ausdruck eines auf eine Rechtsfolge gerichteten Willens sind".[3]) Dies trifft aber

[1]) Motive Bd. I S. 291.

[2]) Neumann, Studie über Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte in der Berliner Festgabe für Wilke, 1900.

[3]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. I S. 312.

bei dem absichtlichen Verjährenlassen nicht zu. Neumann rechnet daher das Ablaufenlassen von Verjährungsfristen mit Recht zu denjenigen Tatbeständen, an deren objektives Vorliegen sich Rechtswirkungen knüpfen, auch wenn die mit dem Fristablauf verbundene Wirkung dem Willen des die Frist Versäumenden gemäss ist.

Aus vorstehenden Erwägungen gelangen wir zu dem Resultate, dass die Abgrenzung des Rechtsgeschäfts-Begriffes gegenüber den sogenannten Rechtshandlungen auch für den Begriff der Verfügung und seiner Anwendung im B.G.B. von grosser praktischer Bedeutung ist, und dass wir uns daher der Ansicht derer nicht anzuschliessen vermögen, die die von den Motiven getroffene Unterscheidung nicht gutheissen.[1])

§ 9.

c) „Ohne den Willen". (Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollstreckung).

Wir haben im vorhergehenden Paragraphen die Verfügungen betrachtet, die sich durch Rechtsgeschäft vollziehen, d. h. in Gemässheit und infolge des Willens der Person, deren Recht eine Einwirkung erfährt, und kommen nunmehr zu der zweiten Gruppe von Verfügungen, derjenigen, die ohne und selbst gegen den Willen der betreffenden Person erfolgen.

Das Gesetz spricht von Verfügungen, die „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen". Dass diese „privatrechtliche Verfügungen" im Sinne des B.G.B. sind, haben wir in § 3 der Arbeit zu zeigen versucht (vgl. S. 12 ff.).

Was die Konstruktion derselben betrifft, so ist diese insofern mit Schwierigkeiten verbunden, als der Rechtsakt als solcher privatrechtlicher Natur ist, öffentlich-rechtlicher dagegen das Mittel, das zur Bewirkung desselben in Anspruch genommen wird. Eine Stellungnahme zu dieser Frage wurde vom Gesetzgeber abgelehnt, wie aus folgendem hervorgeht:

---

[1]) Vgl. z. B. Hellmann, Rechtsgeschäfte, in den Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 488.

§ 1676 des Entwurfes enthielt die Vorschrift: „Die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich . . . . . zur Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege einer gegen den Mündel gerichteten Zwangsvollstreckung".

In den Motiven[1]) wird darauf hingewiesen, dass die Genehmigung zur Veräusserung oder Belastung bestimmter Gegenstände auch dann erforderlich sei, wenn eine Verpflichtung des Mündels zur Veräusserung oder Belastung bestehe. Dagegen soll gemäss § 1676 es keiner Genehmigung bedürfen zur Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege einer gegen den Mündel gerichteten Zwangsvollstreckung. Diese selbstverständlich erscheinende Ausnahme wird folgendermassen begründet:

„Da indessen auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Veräusserung sich als eine Veräusserung von seiten desjenigen auffassen lässt, gegen welchen die Zwangsvollstreckung sich richtet, so ist es nach dem Vorgange der Preussischen Vormundschaftsordnung § 42 Nr. 5 zur Vermeidung von Zweifeln als ratsam erachtet, jenen Satz im Gesetze ausdrücklich auszusprechen". In der zweiten Lesung[2]) wurden jedoch die fraglichen Worte gestrichen, „da man annahm, dass ein Zweifel darüber nicht möglich sei, dass die Veräusserung und Belastung eines dem Mündel gehörigen Gegenstandes sich frei von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vollziehen müsse, dass aber die besondere Hervorhebung dieses Satzes geeignet sei, zu einer gesetzlich festgelegten Auffassung der Zwangsvollstreckung zu führen, die dem Entwurf . . . . . fremd sei".

Wenn hiernach einerseits nicht bestritten werden kann, dass die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgende Verfügung mit der rechtsgeschäftlichen eng verwandt ist, da der durch beide bezweckte Erfolg der gleiche, nämlich der einer privatrechtlichen Verfügung ist, andererseits zugegeben

[1]) Motive Bd. IV S. 1149.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. IV S. 795.

werden muss, dass beide sich nicht begrifflich völlig decken können, ohne dass damit der Gesetzgeber sich zu einer bestimmten Auffassung der Zwangsvollstreckung bekannt haben würde — was ihm nach den Protokollen fern gelegen hat —, so bleibt nur übrig — wie oben bereits angedeutet (vgl. § 3, S. 16) — den Begriff der im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügung als auf einer Fiktion beruhend zu erklären. Es wird fingiert, dass derjenige selbst verfüge, aus dessen Recht mittels obrigkeitlicher Rechtsakte verfügt wird.[1])

Wo die Grenze liegt zwischen den rechtsgeschäftlichen und den im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen, ist bestritten. Dieser Frage ist u. a. Strohal[2]) in der Untersuchung betreffend die Rechtsstellung des Vorerben und des Nacherben nachgegangen. Strohal sieht eine Inkonsequenz des Gesetzes darin, dass der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörige bewegliche Sache verkaufen und durch freiwillige Uebergabe Eigentum an der Sache mit Wirksamkeit gegen den Nacherben auf den Käufer übertragen könne, dass dagegen, wenn es der Vorerbe auf die Zwangsvollstreckung ankommen lasse, gemäss § 2115 B.G.B. die Eigentumsübertragung mit dem Eintritt der Nacherbfolge unwirksam werde. Demgegenüber hat Küntzel[3]) überzeugend nachgewiesen, dass der von Strohal vorausgesetzte Tatbestand nicht als eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung, vielmehr als eine rechtsgeschäftliche anzusehen sei. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

---

[1]) Die Wahl des Ausdrucks „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgende Verfügung" kann schwerlich als eine besonders glückliche bezeichnet werden, insofern als die Auffassung des Gesetzgebers bezüglich der Konstruktion des Begriffes nicht klar erkennbar ist. Ob aber nicht gerade der Ausdruck „Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung" zu einer gesetzlich festgelegten Auffassung der Zwangsvollstreckung, gegen die man sich in der zweiten Kommission gewendet hat, zu führen geeignet ist (Protokolle Bd. IV S. 795), wollen wir dahingestellt sein lassen.

[2]) Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B., 1. Aufl. S. 37.

[3]) Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des B.G.B. in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 41. Jahrgang, S. 592 ff.

Unter die rechtsgeschäftlichen Verfügungen fallen auch[1]) die in der jetzigen Fassung des B.G.B. nicht mehr genannten Verfügungen durch Urteil, da das Urteil sich lediglich als Ersatz einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung darstellt. Das Urteil kann nun nach zwei Richtungen von Bedeutung sein:

Gemäss § 929 B.G.B. ist zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache der dingliche Vertrag, die Einigung, und die Uebergabe der Sache erforderlich. Demnach sind zwei Möglichkeiten eines Konfliktes der Parteien gegeben: Entweder die Sache befindet sich bereits in den Händen des Erwerbers, der Eigentümer weigert sich jedoch trotz vorheriger Zusage, die für den Eigentumsübergang erforderliche Zustimmung zu erklären. Es kommt nun zum Prozess, der Eigentümer wird verurteilt, und die Erklärung gilt nach § 894 Z.P.O. als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt, oder aber der Fall liegt umgekehrt. Der Eigentümer und der Erwerber haben sich betreffs des Gegenstandes, im Kaufvertrage z. B., geeinigt; der Eigentümer weigert sich jedoch, die Sache auf den Käufer zu übertragen. Er wird im Prozess hierzu verurteilt. Gemäss § 897 Z.P.O. gilt die Uebergabe als erfolgt, „wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt". Also wie im ersten Falle das Urteil die Willenserklärung, so ersetzt im letzteren Falle die Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers die von dem Veräusserer eigenhändig zu bewirkende Uebergabe.

In beiden Fällen handelt es sich demnach um „rechtsgeschäftliche Verfügungen" im Sinne des B.G.B.

Hieraus folgt, dass für die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen nur die Zwangsvollstreckung in Betracht kommt, die wegen einer Geldforderung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Schuldners betrieben wird,[2]) nicht diejenige, welche zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (Z.P.O. Buch VIII, Abschnitt 3) erfolgt.

[1]) Vgl. § 3 dieser Arbeit, S. 12 ff.

[2]) Als Vollstreckungshandlungen kommen in Betracht: Pfändung, Eintragung einer Sicherungshypothek, Beschlagnahme, Veräusserung, Ueberweisung,

In der zweiten Auflage seines Erbrechts hat sich Strohal der Künzelschen Auffassung angeschlossen.[1]) Mit Recht wird übrigens von Strohal auf die unrichtige Ausdrucksweise der Protokolle aufmerksam gemacht,[2]) wo gesagt wird: „Hier, bei den Verfügungen durch Urteil, sei schon vom Vorerben selbst über ein einzelnes Objekt Verfügung getroffen, das Urteil habe nur die Bedeutung, dass es die letztere feststelle und ihre Ausführung erzwingbar mache."

Eine „Verfügung" im technischen Sinne liegt aber gerade in dem blossen Verkauf eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes durch den Vorerben noch nicht vor.

d) Unmittelbare Wirkung.

a. Die Verfügung im Gegensatz zu obligatorischen Rechtsgeschäften.

Während früher, wie wir sahen (vgl. § 5), unter Verfügen je nach der Eigenschaft der Person des Verfügungsberechtigten die verschiedensten Rechtsakte, insbesondere unter diesem Ausdruck auch Verpflichtungs- und Veräusserungsgeschäfte verstanden wurden, hat der Begriff „Verfügung" durch die neuere Gesetzgebung eine scharfe Umgrenzung erhalten. Das Charakteristische der Rechtsakte, dieunter diesen Begriff fallen, ist die Unmittelbarkeit der Wirkung. Was wir hierunter verstehen, ist in folgendem zu erläutern.

Die Wirkung eines Rechtsgeschäftes, d. h. einer auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichteten Willenserklärung, kann nach der Absicht der Parteien entweder sofort eintreten (was beispielsweise der Fall ist, wenn sich jemand in einer Buchhandlung eine Zeitschrift abholt und ohne weitere Abrede

---

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; als Massnahmen der Arrestvollziehung, Pfändung und Eintragung einer Sicherungshypothek (vgl. Planck a. a. O. Bd. V S. 293).

[1]) Strohal a. a. O. S. 107 Anm. 12.

[2]) Protokolle Bd. V S. 113.

in gewohnter Weise den Kaufpreis auf den Tisch des Ladens legt), oder aber der rechtliche Erfolg wird seitens der Parteien auf kürzere oder längere Zeit hinausgeschoben. Letzteres ist z. B. im Handelsverkehr der Grosskaufleute das Uebliche. Hier enthält jedes Geschäft zwei voneinander gesonderte Bestandteile, das Verpflichtungsgeschäft (z. B. den Kaufvertrag) und das Erfüllungsgeschäft (z. B. die Lieferung der Waren). Erst mit diesem geht nach bürgerlichem Recht das Eigentum regelmässig auf den Käufer über (anders nach französischem Recht; vgl. Code civil, Art. 1138 und insbesondere für den Kauf Art. 1583). Was den Kaufvertrag beispielsweise betrifft, so werden durch ihn auf beiden Seiten Verbindlichkeiten begründet, insofern als der Verkäufer verpflichtet wird, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, der Käufer seinerseits, dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen, und die gekaufte Sache abzunehmen (B.G.B. § 433). Indessen weder in der Rechtssphäre des Verkäufers noch in der des Käufers, wie sie vor dem Kaufvertrage bestanden haben, ist durch diesen unmittelbar eine Aenderung bewirkt worden. Zwar haben beide Parteien durch den Kaufvertrag einerseits Verpflichtungen begründet, andererseits neue Rechte hinzu erworben, (jeder nämlich das Recht, von dem anderen eine Leistung zu verlangen); jedoch weder der Verkäufer noch der Käufer haben durch jenen unmittelbar ein vorhandenes Recht übertragen, aufgehoben oder verändert. Erst wenn der Verkäufer dem Käufer die Ware übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (was nicht immer mit der Uebergabe der Fall zu sein braucht), erst dann ist in die Rechtssphäre des Verkäufers unmittelbar ein Eingriff erfolgt, ein Recht, nämlich ein Eigentumsrecht, aus ihr gewissermassen losgelöst worden. Erst jetzt sagt das Gesetz: der Eigentümer hat über seine Sache „verfügt". Was von der Uebertragung des Eigentums gesagt ist, gilt auch von jedem anderen unmittelbaren Eingriff in die Rechtssphäre, gleichgültig, ob diese sachenrechtlicher Natur ist, also ein dingliches Recht unmittelbar eine Einwirkung erfährt, z. B. durch Einräumung einer Hypothek, oder

ob unmittelbar eine Einwirkung auf ein Forderungsrecht erfolgt (durch Zession, Einziehung der Forderung, Stundung usw.). Gemeinsam ist allen diesen Rechtsakten die unmittelbare Wirkung, die sich an sie knüpft.

Die Wesensverschiedenheit der obligatorischen Rechtsgeschäfte und der Verfügungen zeigt sich insbesondere auch darin, dass in der Regel das obligatorische Rechtsgeschäft rechtlich vollwirksam ist, auch wenn der dingliche Rechtsakt, die Verfügung, unwirksam ist. *A* verkauft z. B. eine dem *B* gehörige Uhr dem *C*. *B* seinerseits weigert sich, die Uhr zu veräussern. Die Verpflichtung seitens des *A* dem *C* gegenüber bleibt trotzdem wirksam.

Aus dem Begriff der Unmittelbarkeit ergibt sich aber eine weitere Eigentümlichkeit der Verfügungen, nämlich ihre abstrakte Natur. Abstrakt nennen wir diejenigen Rechtsgeschäfte, die von ihrer zugrunde liegenden *causa* losgelöst sind.

Beispiele des heutigen Rechts für abstrakte Rechtsgeschäfte sind die Auflassung (B.G.B. § 925), die Zession (§ 398 B.G.B.) die Tradition (§ 929 B.G.B.). Bezüglich letzterer war für das gemeine Recht streitig, ob die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung davon abhängig ist, dass deren Grund, um dessenwillen jene erfolgt, gültig ist. Das B.G.B. hat die Tradition zu einem abstrakten Vertrag gemacht. Der Typus des abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts im heutigen Recht ist jedoch die „Verfügung." Was den Begriff der Dinglichkeit betrifft, so wird dieser zunächst im eigentlichen Sinne nur für sachenrechtliche Begriffe verwendet; demgemäss werden mit „dingliche Verträge" Verträge bezeichnet, durch welche das Eigentum an einer Sache oder ein Recht an einer solchen übertragen oder belastet wird. Die Ausdrücke „dingliches" Rechtsgeschäft, „dinglicher" Vertrag werden aber auch in einem weiteren Sinne angewendet und dienen dann lediglich zur Kennzeichnung der unmittelbaren Wirkung, die mit den betreffenden Rechtsakten verbunden ist. In diesem Sinne werden die Ausdrücke auf das Gebiet des Obligationenrechts übertragen.

So heisst es in den Motiven[1]) von der Zession: „Die Abtretung ist wie der Erlass (die Tradition, die Auflassung usw.) ein Veräusserungsvertrag, sogenannter dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner *causa* in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft".

Aus gesagtem folgt demnach, dass wir das Verfügungsgeschäft von dem obligatorischen Verpflichtungsgeschäft scharf zu scheiden haben; beide verhalten sich zueinander wie die Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben.[2]) Das B.G.B. hat die Scheidung in konsequenter Weise durchgeführt. Dies bestreitet allerdings Wendt.[3]) Gegenüber Planck, der zwischen dem Rechtsgeschäft, das nur die Verpflichtung zu einer Verfügung begründet, und demjenigen, das selbst eine Verfügung enthält, in dem oben erläuterten Sinne unterschieden wissen will, behauptet Wendt, dies sei nur insofern richtig, als in der Tat mehrfach im B.G.B. der Verfügung selbst die Verpflichtung, sie herbeizuführen, gegenübergestellt wird. Wendt zitiert einige Paragraphen, in denen dies nach seiner Ansicht der Fall ist und knüpft daran die Bemerkung: Wo diese Gegenüberstellung erfolge, handele es sich durchweg um die Notwendigkeit fremder Einwilligung, und es sollte besonders ausgedrückt werden, dass schon die Uebernahme einer Verpflichtung zur Verfügung der Einwilligung bedürfe. Weiter reiche die Bedeutung dieser Gegenüberstellung nicht, und es ergebe sich hieraus für den Sprachgebrauch nicht, dass nicht auch ein obligatorisches Geschäft als Verfügung bezeichnet werden dürfe.[4])

In den von Wendt zitierten Fällen (§§ 1444 bis 1446, 1812, 1821 Ziffer 3, 1822 Ziffer 1 und 2206) handelt es sich allerdings um die gleiche Behandlung der Verfügungen und der Eingehung einer Verpflichtung zu diesen.

---

[1]) Motive Bd. II S. 120.

[2]) Vgl. Motive Bd. III S. 9.

[3]) Vgl. Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile (im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 89 S. 420 ff.).

[4]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 432, 433.

Aber das B.G.B. kennt auch eine Reihe anderer Fälle. Man vergleiche z. B. die §§ 1396 Abs. 1 und § 1399 Abs. 1. In § 1396 ist gesagt, dass von der Frau ohne Einwilligung des Mannes vorgenommene (vertragsmässige) Verfügungen unwirksam seien.

Demgegenüber erklärt § 1399 Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau ohne Zustimmung des Mannes zu einer Leistung verpflichtet, rechtlich für wirksam.

Hier liegt die Sachlage also gerade umgekehrt als in den von Wendt angeführten Fällen, in denen die Eingehung der Verpflichtung zur Verfügung und die Verfügung selbst gleich behandelt werden. Wendts Ansicht, dass die Eingehung der Verpflichtung zur Verfügung sich verhalten wie das *pactum de contrahendo* zum *contractus* (Ausdrücke, die Wendt allerdings nicht gebraucht) ist daher nicht zutreffend.

Wendt kommt infolgedessen zu dem unrichtigen Resultat, dass eine Verfügung seitens des Erben über seinen Anteil nichts anderes als ein obligatorischer Vertrag sei, durch den der Erbe seinen Anspruch auf dasjenige abtrete, was ihm bei der Teilung zufalle. Richtig ist vielmehr, dass die Verfügung über den Anteil an der Erbschaft eine Uebertragung des Mitgliedschaftsrechts an der Gemeinschaft ist, dass der Erwerber des Erbteils durch den Verfügungsakt in die Erbengemeinschaft an die Stelle des Veräusserers eintritt.[1])

Von dem Verfügungsgeschäft ist das Kausalgeschäft zu unterscheiden, ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft veräussert. Hierdurch wird lediglich die Verpflichtung für ihn begründet, die einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenstände nach den für diese geltenden Formvorschriften dem Erwerber zu übereignen (§§ 2371, 2374).

§ 11.

β) Die Verfügung im Gegensatz zu Prozesshandlungen.

Das Eigentümliche der obligatorischen Rechtsgeschäfte im Gegensatz zu den dinglich wirkenden Verfügungen besteht, wie

[1]) Vgl. Küntzel, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 41 S. 825.

wir sahen, darin, dass durch jene eine Aenderung subjektiver Rechte nicht unmittelbar bewirkt, sondern lediglich vorbereitet wird; allerdings in der Art, dass der eintretende Erfolg sich als die normale Folge des obligatorischen Rechtsaktes darstellt.

In einem ähnlichen Verhältnis wie das obligatorische Rechtsgeschäft, als ein die unmittelbare Aenderung vorbereitender Rechtsakt, zu der Verfügung, kann zu dieser die Prozessführung stehen. Die Prozessführung unterscheidet sich von den obligatorischen Rechtsgeschäften darin, dass eine Aenderung der subjektiven Rechte sich nicht als ihre normale Folge darstellt, dass sie vielmehr eine solche Aenderung nur unter gewissen Umständen nach sich zieht. Auch mit dieser Einschränkung scheint unsere Behauptung jedoch aufs erste einen Widerspruch zu enthalten. Denn was ist die regelmässige Wirkung eines durch die Prozessführung herbeigeführten Urteils?

„Das Urteil dient nicht dazu, das Recht erst zu schaffen, sondern dazu, vorhandenes Recht klarzustellen.“ [1]) Das Urteil ist deklarativer, nicht konstitutiver Natur. Man könnte demnach argumentieren: Wenn das Urteil selbst nur die Wirkung hat, dass vorhandenes Recht klargestellt wird, dann bildet die Prozessführung doch nur die Vorbereitung einer solchen Klarstellung, und es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen man der blossen Prozessführung eine mittelbar rechtsändernde Wirkung zuschreiben soll.

Indessen wir sagten bereits, dass diese mittelbar rechtsändernde Wirkung der Prozessführung auch nicht den normalen Verlauf eines Prozesses darstellt, dass diese Wirkung vielmehr nur eine Ausnahme, wenn auch eine nicht allzu seltene, bedeutet.

Dies mögen zwei Beispiele erläutern:

A hat mit *B* ein Kaufgeschäft abgeschlossen und weigert sich unberechtigterweise, weil er der Ansicht ist, zu dem Verkauf durch Drohung bestimmt worden zu sein, seinerseits das Eigentum an der verkauften Sache auf den Käufer zu übertragen.

[1]) Vgl. Motive Bd. I S. 369.

Das Gericht hält jedoch den Kauf für rechtsgültig und verurteilt den *A* zur Erfüllung. Hier hat durch das Urteil sowohl der Anspruch des Gläubigers als auch die Verpflichtung des Schuldners eine erhebliche Steigerung erfahren.[1]) Eine Veränderung des Inhalts der Rechte oder Pflichten hat jedoch weder auf der einen noch auf der anderen Seite stattgefunden.

Anders dagegen liegt die Sachlage im folgenden Falle: *A* hat eine Forderung von 100 gegen *B*. *C* behauptet, *A* habe ihm die Forderung abgetreten. *A* erhebt Feststellungsklage, *C* Widerklage. Durch rechtskräftiges Urteil ergeht die unrichtige Entscheidung dahin, dass die Forderung gegen *B* nicht dem *A*, sondern dem *C* zustehe. Hier folgt durch das Urteil keine Klarstellung und gleichzeitige Steigerung eines Rechts, sondern im Gegenteil eine Veränderung der Rechtssphären, insofern als durch das Urteil die dem *A* zustehende Forderung auf *C* unmittelbar übertragen wird. Ein Recht des *A* wird ein Recht des *B* in dem Augenblick, in dem die unrichtige Entscheidung Rechtskraft erlangt.[2])

Während also im ersten Falle das Urteil eine Verpflichtung begründet, mithin die Natur eines obligatorischen Rechtsaktes hat, steht es im zweiten in der Wirkung einer dinglichen Verfügung gleich. Voraussetzung dieses dinglichen Effektes ist demnach einmal, dass die Entscheidung materiell unrichtig ist, denn sonst würden Rechte und Pflichten der Parteien klargestellt, aber nicht geändert; zweitens aber, dass ein dinglicher Rechtsakt („dinglich" in dem oben bezeichneten weiteren Sinne verstanden) streitig ist, z. B. eine Tradition, Belastung, Zession; denn anderenfalls würden durch ein unrichtiges Urteil Rechte und Pflichten begründet, nicht bestehende Rechte geändert.

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 544 und 556.

[2]) Wenn man hiergegen einwendet, dass logischerweise ein Recht des *A* stets ein Recht des *A* bleibt, wenn er nicht selbst sich dessen entäussert, dass also auch ein unrichtiges Urteil hieran nichts zu ändern vermag, so lässt sich hierauf nur mit dem römischen Satz antworten: »***Res iudicata pro veritate accipitur***«.

In Berücksichtigung der geschilderten möglichen Wirkungen der Prozessführung erfolgt auch ihre rechtliche Behandlung. Da ihre regelmässige mittelbare Wirkung, die Klarstellung, nicht die Veränderung eines Rechtsverhältnisses enthält, so wird füglich in der Regel die Prozessführung anders als die Verfügung behandelt werden, so dass, wer zur Verfügung über ein Recht nicht berechtigt ist, trotzdem zur Prozessführung über ein solches befugt sein kann.[1]) So schliesst z. B. ein Veräusserungsverbot nicht das Recht aus, einen Rechtsstreit über den betreffenden Gegenstand zu führen.[2])

Wo jedoch die Interessen eines anderen auf dem Spiele stehen, wie bei der Verwaltungsgemeinschaft diejenigen eines der beiden Ehegatten oder bei der Einsetzung einer Nacherbschaft die des Nacherben, da verdient auch schon die Möglichkeit der Beeinträchtigung eines Rechtes, wie sie durch ein materiell unrichtiges Urteil (z. B. infolge schlechter Prozessführung) eintreten kann, Berücksichtigung. Hier erheischt also die Prozessführung eine ähnliche Behandlung wie die Verfügung selbst. Um jedoch jene auch in ihrer nur die Rechtsänderung eventuell vorbereitenden Eigenschaft zu berücksichtigen, sucht der Gesetzgeber einen Ausgleich dadurch herzustellen, dass er nicht das Recht der Prozessführung schlechthin versagt, sondern dass er dem durch sie herbeigeführten Urteil nur in gewissen Grenzen eine Wirkung zuerkennt.

Gemäss § 1380 B.G.B.[3]) kann der Mann ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im eigenen Namen gerichtlich geltend machen; das Urteil wirkt auch für und gegen die Frau, wenn er befugt ist, über das Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. Ist er also zur Verfügung ohne Zustimmung der Frau nicht befugt, so wirkt das Urteil weder für noch gegen sie.

---

[1]) „Die Unterbindung der Verfügung über eine Sache oder ein Recht schliesst nicht die Prozessführung aus. Der Gebundenheit ungeachtet ist der Berechtigte als solcher zum Prozesse legitimiert" (Motive Bd. I S. 129).

[2]) Vgl. Planck, Bd. I S. 48.

[3]) Vgl. auch § 1490.

Anders hat der Gesetzgeber den Fall der Prozessführung seitens des Vorerben über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand geregelt. Ergeht das Urteil zu seinen Gunsten, so wirkt es stets für den Nacherben; erfolgt es dagegen zu seinen Ungunsten, so wirkt es nur dann gegen den Nacherben, wenn er befugt ist, über den Gegenstand ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen (vgl. § 326 Z.P.O.).

Die Befugnis zur „gerichtlichen Geltendmachung" umfasst auch das Recht, einzelne Prozesshandlungen vorzunehmen (vgl. § 54 Z.P.O.). Was unter „Prozesshandlungen" zu verstehen ist, ist allerdings bestritten; insbesondere ist kontrovers, ob der Prozessvergleich eine „Prozesshandlung" im Sinne des § 54 Z.P.O. ist. Die herrschende Meinung, der auch das Reichsgericht (Bd. 19, S. 362 ff.) sich angeschlossen hat, verneint dies und stellt sich auf den Standpunkt, dass der Vergleich seinem juristischen Charakter nach ein Rechtsgeschäft ist, „dessen Inhalt, Voraussetzungen und Wirkungen im bürgerlichen Recht geregelt sind, dessen Gültigkeit daher gleichfalls nach dem bürgerlichen Rechte zn beurteilen ist".[1]) Die entgegengesetzte Ansicht ist nicht zu billigen, sie würde auch, was die „Verfügungen" betrifft, zu unmöglichen Konsequenzen führen. Der Vergleich hat grundsätzlich zwar obligatorischen Charakter; er kann jedoch auch dinglichen haben; dies dann, wenn gleichzeitig mit der obligatorischen die dingliche Regelung des Rechtsverhältnisses erfolgt, was z. B. beim vergleichsweisen Erlass einer streitigen Forderung der Fall ist. Das obligatorische Kausalgeschäft und das dingliche Erfüllungsgeschäft fallen hier zusammen.[2]) Daraus folgt, dass der Vergleich nicht notwendig sich als eine Verfügung darstellt, wohl aber eine solche enthalten kann.

In der Literatur wird die Prozessführung häufig als „Verwaltungsmassregel" im Gegensatz zu der „Verfügung" bezeichnet;[3]) und es wird unter „Verwalten" gegenüber der „Ver-

[1]) R.G. Bd. 19 S. 363.

[2]) Vgl. Planck a. a. O. Bd. II S. 523.

[3]) Vgl. Planck a. a. O. Bd. IV S. 110 und 124; Motive Bd. I S. 129; Neumann a. a. O. Bd. I S. 46.

fügung" als dem die Substanz eines Vermögensinbegriffes verändernden Rechtsakt, die auf Erhaltung der Substanz gerichtete Tätigkeit verstanden. Ob die Bezeichnung der Prozessführung als eines Aktes der „Verwaltung" dem Sprachgebrauch des B.G.B. entspricht, wollen wir untersuchen.

§ 1984 B.G.B. lautet: „Mit der Anordnung der Nachlassverwaltung verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlass zu verwalten und über ihn zu verfügen".[1])

Hier werden beide Begriffe nebeneinander genannt, woraus hervorgeht, dass sie in begrifflich sich ausschliessender Bedeutung angewendet werden. In § 2205 B.G.B. heisst es hingegen: „Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen."[2]) Die Tätigkeit des Verfügens wird also im Gegensatz zu dem obengenannten Falle der Verwaltungstätigkeit untergeordnet und nur gewissermassen der Deutlichkeit halber erwähnt. In dem letzteren Sinne werden die Begriffe auch in § 2129 gebraucht: „Mit der Entziehung des Verwaltungsrechts verliert der Vorerbe die Befugnis, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen."

Endlich sei noch § 1375 erwähnt: „Das Verwaltungsrecht des Mannes umfasst nicht die Befugnis, ... die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmmung zu verfügen."

Während in den ersten drei Paragraphen der Verwaltungsbegriff teils in weiterer, teils in engerer Bedeutung gebraucht wird, können wir den des § 1375 ebenso in dem einen, wie in dem anderen Sinne, auslegen. Einerseits könnte man dem Wortlaut gemäss sagen: „Das Verwaltungsrecht . . . . . umfasst nicht die Befugnis . . . . . zu verfügen", und die Begriffe für koordiniert erklären. Andererseits könnte man jedoch argumentieren: die ausdrückliche Ausschliessung der Verfügungsbefugnis zeige, dass das Gesetz als Prinzip das Entgegen-

[1]) Vgl. auch K.O. § 6.

[2]) Vgl. auch § 1443 B.G.B.

gesetzte ansehe, dass also regelmässig das Verwaltungsrecht die Verfügungsmacht mitumfasse.

Wir gelangen daher zu dem Resultat, dass ein einheitlicher Gebrauch des Ausdrucks „Verwaltung" im Gesetz nicht stattfindet.

Das Gesetz verwendet nicht, wie den Begriff „Verfügung" so auch einen Begriff „Verwaltung". Vielmehr kennt es nur die Verwaltung des Testamentsvollstreckers, die des Ehemanns, die des Nachlasspflegers usw.,[1]) und bestimmt in jedem einzelnen Falle den Inhalt des Verwaltungsrechts nach praktischen Erwägungen.

Es ist daher meines Erachtens nicht korrekt, die Prozessführung im Gegensatz zur Verfügung als eine „Verwaltungsmassregel" im Sinne des B.G.B. zu bezeichnen.

§ 12.

e) Uebertragung.

Während nach älterem Recht unter „Verfügung" auch die Eingehung einer Verbindlichkeit, d. h. die Begründung eines Rechts verstanden wurde, fallen unter den Begriff der „Verfügung" im Sinne des B.G.B. nur diejenigen Rechtsakte, durch welche eine unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht erfolgt. Das B.G.B. trifft selbst in Art. 11 Abs. 2 E.G. diese Unterscheidung: „Die Vorschrift des Abs. 1, S. 2 findet keine Anwendung auf ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches verfügt wird."[2])

---

[1]) Der Ausdruck „Verwaltung" wird demnach ähnlich im B.G.B. behandelt wie der Ausdruck „Disposition" („Verfügung") in der gemeinrechtlichen Theorie. · Vgl. § 5 dieser Arbeit.

[2]) Es findet allerdings im Falle der Uebertragung auch die unmittelbare Begründung eines Rechts statt, nämlich für diejenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt; indessen den Begriff „Verfügung" von zwei Gesichtspunkten aus zu bestimmen, ist irreführend. Unzutreffend definiert daher Bendix (Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1902, S. 7 u. 8, S. 58) die Verfügungen als Rechtsakte, welche auf eine unmittelbare Begründung, Uebertragung, Aenderung, Belastung oder Aufhebung eines Rechts gerichtet sind.

Die wichtigste Verfügung ist die Uebertragung eines Rechts. Das B.G.B. unterscheidet innerhalb derselben die „Veräusserung" und die „Belastung" (vgl. z. B. § 2375, in dem die unentgeltliche „Veräusserung" und die unentgeltliche „Belastung" als unentgeltliche „Verfügungen" bezeichnet werden; vgl. ferner § 353; §§ 873 in Verbindung mit 878).

Was die „Veräusserung" betrifft, so wird hierunter im gemeinen Recht[1]) verschiedenes verstanden. Im weitesten Sinne gilt als „Veräusserung" jede gewollte Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, ohne dass die Willenserklärung des Verlierenden das den Verlust begründende zu sein braucht. In diesem Sinne wendet l. 28 pr. D. *de verb. signif.* 50, 16 den Ausdruck „*alienatio*" an: „*Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.*

In einem engeren Sinne wird unter „Veräusserung" schlechthin die Aufgabe eines Rechts verstanden, ohne dass unterschieden wird, ob sich mit dieser Aufgabe eine Uebertragung auf einen anderen verbindet oder nicht. In dieser Bedeutung sollen die Ausdrücke „veräussern", „Veräusserung" auch im Entwurf gebraucht sein. Die Motive sagen (Band I, S. 128): „Der Entwurf gebraucht die Ausdrücke „Veräusserung" „veräussern" regelmässig in dem Sinne des Aufgebens der Substanz eines Rechts (Uebertragung und Aufhebung des Rechts)". Für das B.G.B. trifft dies jedoch nicht zu; hier wird vielmehr „veräussern" in der engsten Bedeutung verstanden, nämlich in der der Rechtsübertragung.[2])

Streitig ist, ob die Uebertragung des Besitzes „Veräusserung", mithin „Verfügung" im Sinne des B.G.B. ist. Von praktischer Bedeutung ist die Entscheidung dieser Frage z. B. für den § 1821 Nr. 1: „Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke."

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 273.

[2]) Vgl. §§ 353, 936, 932, 445 u. a.; vgl. Windscheid-Kipp a. a. O.

Die Motive[1]) bemerken hierzu: Die Frage, ob die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1674 Nr. 1 (jetzt § 1821) auch zu einem solchen Rechtsgeschäfte erforderlich ist, welches lediglich das Aufgeben, insbesondere die Uebertragung des Besitzes eines im Besitze des Mündels befindlichen Grundstücks zum Gegenstand hat und bei welchem nicht wenigstens eventuell der Wille auch auf Uebertragung des Rechts an dem Grundstück gerichtet ist, hat der Entwurf ebensowenig, wie die bestehenden Gesetze durch eine besondere Bestimmung entschieden". Begründet wird dies damit, dass für die Gleichstellung der *alienatio possessionis* mit der *alienatio rei* bei der Seltenheit der in Betracht kommenden Fälle ein praktisches Bedürfnis nicht vorliege, aber auch nicht angemessen sei, hinsichtlich namentlich solcher Fälle, in welchen über das Eigentum des Dritten an einem von dem Mündel ohne Rechtsgrund besessenen Grundstück gar kein Zweifel besteht, die Uebertragung des Besitzes mithin keine Vermögensminderung enthalte.

Zutreffend ist zweifellos, dass die *alienatio possessionis* in den Fällen, in welchen der Mündel nur den Besitz hat, der Veräusserung nicht gleichgestellt werden kann. Wie aber, wenn der Wille bei der *alienatio possessionis* eventuell auch auf Uebertragung des Rechts an einem Grundstück gerichtet ist?[2])

Planck bemerkt im Gegensatz zu den sich allerdings nicht ganz klar ausdrückenden Motiven hierzu mit Recht, dass nur der dingliche Vertrag, nicht die Einräumung des Besitzes der Genehmigung bedarf.[3])

Ob die Einräumung des Besitzes „Veräusserung", d. h. Veräusserung eines Rechts ist, hängt in letzter Linie naturgemäss von der

---

[1]) Motive Bd. IV S. 1137.

[2]) Die Frage hat allerdings nur Bedeutung für die Gegenden, in denen das Grundbuchals noch nicht angelegt gilt, da in den anderen die Uebertragung des Besitzes an einem Grundstück zur Einräumung eines dinglichen Rechts nie erforderlich ist.

[3]) Anders kann auch nicht die Definition von Eccius (Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 1902 Nr. 4 S. 95) verstanden werden. . . . „Verfügung über eine Sache ist die dingliche Einigung nicht an und für sich, sondern nur diejenige dingliche Einigung, auf Grund deren die Uebergabe oder Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist, oder diesen Akten nachträglich hinzutritt.

sehr bestrittenen Frage ab, ob der Besitz als ein subjektives Recht im Sinne des B.G.B. anzusehen ist oder nicht. Die richtige Ansicht geht meines Erachtens dahin, den Besitz des B.G.B. aufzufassen lediglich als ein faktisches Verhältnis einer Person zu einer Sache, an das sich gewisse Rechtsfolgen knüpfen. Hierfür lässt sich z. B. anführen, dass gemäss § 93 die wesentlichen Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, wohl aber nach § 865 selbständig besessen werden können, ferner dass Geschäftsunfähige nicht Rechte erwerben können, der Besitzerwerb ihnen jedoch nicht verwehrt ist.[1])

In der Einräumung des Besitzes haben wir demnach keine „rechtliche" Verfügung, vielmehr eine „faktische" in dem oben (§ 2 dieser Arbeit) erläuterten Sinne zu sehen.[2])

Ausser der Veräusserung kommt als „Uebertragung" eines Rechts die „Belastung" in Betracht.[3])

Belastung ist die Ableitung eines das Recht des Urhebers belastenden neuen Rechts aus dem vorhandenen.[4]) Wir fassen Veräusserung und Belastung unter dem Begriffe „Uebertragung" zusammen, insofern als wir unter „Veräusserung" die translative, unter Belastung die konstitutive Uebertragung eines Rechts verstehen.[5])

§ 13.

f) Aufhebung.

Von der Uebertragung unterscheidet sich die Aufhebung, wie schon aus den Bezeichnungen hervorgeht, dadurch, dass bei dieser ein Recht für den Verfügenden erlischt, ohne dass zugunsten eines anderen ein solches begründet wird.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III S. 43; Motive, Bd. III S. 80 „Dadurch, dass von Besitzerwerbung geredet wird, wird übrigens der Besitz nicht als ein Recht im subjektiven Sinne bezeichnet.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O. § 747 Nr. 1 S. 475.

[3]) Vgl. § 873 in Verbindung mit § 878; ferner §§ 876, 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113 usw. B.G.B.

[4]) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 273.

[5]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. I § 81 S. 184.

Das zum Erlöschen gebrachte Recht kann nun sowohl ein dingliches wie ein Forderungsrecht sein. Was die aufhebende Verfügung über ein dingliches Recht betrifft, so erfolgt dieselbe z. B. durch Dereliktion (vgl. über diese § 8 dieser Arbeit), über ein Forderungsrecht durch Erlass, Einziehung[1]) und Aufrechnung.[2]) Die rechtliche Natur der „Verfügung" durch „Erlass", einen abstrakten Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den die Forderung *ipso iure* zum Erlöschen gebracht wird, bietet hinsichtlich des Verfügungsbegriffes keine Schwierigkeit; dagegen bedürfendie „Einziehung" und die „Aufrechnung" einer Erläuterung.

Was unter „Einziehung einer Forderung" zu verstehen ist (sie wird im Gesetz selbst als „Verfügung" bezeichnet; vgl. z. B. §§ 1282, 1074 B.G.B.; auch K.O. § 21), war bereits für das preussische Recht streitig.

§ 41 der Preussischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 bestimmte: „Der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf der Vormund . . . . . .

2. zur Einziehung . . . . . von Kapitalien."

Hieraus wurde gefolgert: bald, die Genehmigung des Gegenvormundes sei nur für die Klage erforderlich, bald nur für die Entgegennahme der Kapitalien, bald für Kündigung, Klage und Annahme der Zahlung, endlich für sämtliche bei der Einziehung in Betracht kommenden Rechtsakte, insbesondere auch für die

---

[1]) Vgl. auch § 364 B.G.B. (Annahme einer geschuldeten Leistung an Erfüllungs Statt).

[2]) Die „Erfüllung" (§§ 362—371 B.G.B.) hier zu nennen, wäre nicht richtig. Denn die „Erfüllung" kann zwar eine „Verfügung" über ein Forderungsrecht enthalten, aber muss dies nicht. Wenn *A* sich verpflichtet, an *B* eine Forderung abzutreten, so würde die Erfüllung dieser Verbindlichkeit auch eine Verfügung seitens des *A* über ein Forderungsrecht enthalten. Verpflichtet sich *A* jedoch, dem *B* eine Uhr zu schenken, so würde sich die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht als „Verfügung" über ein Forderungsrecht, nämlich das des *B*. darstellen, vielmehr als „Verfügung" über das dem *A* zustehende Eigentumsrecht an der Uhr. Dies übersieht v. Ziegesar, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden, S. 20.

Erteilung des Auftrags an den Gerichtsvollzieher zur Zwangsvollstreckung.[1])

Die Streitfragen finden zum Teil durch das B.G.B. Erledigung, insofern als die Kündigung als Verfügung über eine Forderung gilt (vgl. § 14 dieser Arbeit), daher der Genehmigung bedarf, als ferner umgekehrt die Erhebung der Klage keine Verfügung im Sinne des B.G.B., die Genehmigung des Gegenvormundes zu derselben daher nicht erforderlich ist. Durch das Gesetz unentschieden bleibt dagegen die Frage, ob für die Erteilung des Auftrages zur Zwangsvollstreckung oder erst für die Annahme der Leistung der Gegenvormund seine Genehmigung zu erteilen habe.

Haller, der für das preussische Recht a. a. O. zu dieser Frage Stellung nimmt, will zwar den Begriff „Einziehung" im weitesten Sinne aufgefasst und darunter sowohl Einforderung und Geltendmachung als auch Empfangnahme verstanden wissen. Er sieht jedoch in dem Vollstreckungsauftrag, wenn dieser sich auch als neue Massregel der Einziehung darstelle, im wesentlichen nur eine Konsequenz des in der Klage zum Ausdruck gebrachten Zahlungsbegehrens und folgert hieraus, dass, wenn der Gegenvormund seine Genehmigung zur Erhebung der Klage erteilt habe, der Vormund auch zu dem Antrage auf Zwangsvollstreckung befugt sein müsse. Zur Entgegennahme der beigetriebenen Gelder dagegen, als einer ausserhalb des Rechtsstreits liegenden, nicht zum Betriebe des Prozesses gehörigen Handlung sei die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich.

Für das B.G.B., nach welchem der Vormund selbständig Klage erheben kann, müsste Haller demzufolge zu demselben Resultate kommen, dass nämlich nicht zu dem Vollstreckungsauftrage, wohl aber zur Empfangnahme der Zahlung die Genehmigung notwendig sei.

Demgegenüber sucht Schönfeld[2]) nachzuweisen, dass der Vormund die Einziehungsgenehmigung auch zur Erteilung des

[1]) Vgl. die Literaturübersicht von Haller in der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher, Jahrg. 1888 Nr. 2 S. 11.

[2]) Schönfeld, Zeitschrift für Gerichtsvollzieher, Jahrg. 1888 Nr. 6 S. 42 ff.

Vollstreckungsauftrages bedürfe, dass der Gerichtsvollzieher ohne deren Nachweis nicht befugt sei, den Auftrag zur Ausführung zu bringen. Schönfeld motiviert seine Ansicht folgendermassen: Der Gerichtsvollzieher vertrete dem Schuldner gegenüber die Person des Gläubigers, die Zahlung in seine Hand stehe der in die des Gläubigers, beziehungsweise dessen gesetzlichen Vertreters, durchaus gleich.

Abgesehen von seiner Eigenschaft als Beauftragter sei der Gerichtsvollzieher zugleich staatliches Organ und müsse als solches darauf achten, dass ihm schon bei der Beauftragung die Erteilung der Genehmigung nachgewiesen werde.

Diese Auffassung leidet jedoch an der Unrichtigkeit der Prämisse, dass dem Gerichtsvollzieher wie einem gewöhnlichen Beauftragten gezahlt werde, dass die Wegnahme des Geldes seinerseits daher Zahlung sei.

In Wirklichkeit stellt das Gesetz (vgl. Z.P.O. § 815) lediglich eine Fiktion im Interesse des Schuldners auf, wenn es sagt: „Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher »gilt« als Zahlung von seiten des Schuldners." Eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers hat tatsächlich noch nicht stattgefunden, wie z. B. der Umstand beweist, dass bis zur Empfangnahme des Erlöses die Auszahlung im Wege der einstweiligen Anordnung verhindert werden kann.[1])

Was für das preussische Recht unter „Einziehung" zu verstehen ist, muss, worauf Dernburg[2]) aufmerksam macht, historisch festgestellt werden: Die für die Rheinprovinz erlassene Kabinetsordre vom 18. Dezember 1836, die vermehrte Aufsicht der Vormünder bei Gelderhebungen betreffend, sei das Vorbild für die Preussische Vormundschaftsordnung gewesen. Sie bestimmte, „dass Aktivkapitalien der Pflegebefohlenen . . . . . nur unter Zuziehung und in Gegenwart des Nebenvormundes an den Vormund ausgezahlt . . . . . werden können". Demnach müsse unter „Einziehung" für das preussische Recht die Empfang-

[1]) Vgl. Sydow-Busch, Z.P.O. § 815 Anm. 2 S. 654.

[2]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatr., Bd. III § 85 Anm. 1 S. 268.

nahme der Kapitalien durch den Vormund selbst verstanden werden.

Dasselbe muss demgemäss auch für das B.G.B., dem ja die Preussische Vormundschaftsordnung als Vorbild gedient hat,[1]) gelten. Da jedoch das B.G.B. die Einziehung einer Forderung als „Verfügnng" bezeichnet und auch an der in Betracht kommenden Stelle nicht von „Einziehung einer Forderung" sondern allgemein von „Verfügungen" spricht, so bleibt zu untersuchen, ob der Begriff „Verfügung" uns zu dem gleichen Resultate führt, zu dem wir auf historischem Wege gelangt sind.

Eine Verfügung liegt vor, wenn auf ein Recht unmittelbar eine Einwirkung erfolgt. Dass der Auftrag zur Zwangsvollstreckung noch keine unmittelbare Einwirkung auf die Forderung enthält, ist zweifellos. Denn angenommen der Gerichtsvollzieher befindet sich auf dem Wege zum Schuldner, erkrankt plötzlich und kann infolgedessen seinen Auftrag nicht ausführen, so muss der Gläubiger einen anderen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beauftragen; die Rechtslage ist demnach die gleiche geblieben wie sie vor der Beauftragung gewesen ist.

Man könnte jedoch hiergegen sagen: Zwar enthalte der Auftrag selbst noch keine „Verfügung" im eigentlichen Sinne, aber da eine solche im Augenblick der die Forderung zum Erlöschen bringenden Pfändung von Geld oder der Entgegennahme des Erlöses in der Versteigerung gepfändeter Sachen vorliege, müsse die Einwilligung bereits bei der Auftragserteilung gegeben sein.

Wir wollen sehen, ob die Voraussetzung zutrifft, dass in der Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers eine „Verfügung" über die Forderung des Mündels liegt.

Gemäss § 804 Z.P.O. erwirbt durch die Pfändung der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. Daraus folgt, dass zugunsten des Gläubigers unmittelbar zunächst nur ein Recht — nämlich ein Pfandrecht — „im

[1]) Vgl. Motive Bd. IV S. 1008.

Wege der Zwangsvollstreckung" begründet wird. Die zwangsweise erfolgende Uebertragung des Pfandrechts ist aber, wie wir oben sahen, eine privatrechtliche Verfügung vom Standpunkte desjenigen, in dessen Rechtssphäre ein Eingriff erfolgt, also vom Standpunkte des Schuldners. Wenn mittelbar durch die Pfändung bewirkt wird, dass (vorausgesetzt, dass die gepfändeten Sachen in Geld bestehen) die Zahlung seitens des Schuldners als erfolgt „gilt", so ändert diese Wirkung an der rechtlichen Natur der Pfändung durch den Gerichsvollzieher als solchen nichts. Erhält doch dieser auch nicht den Auftrag vom Gläubiger, über dessen Forderung zu verfügen. Seine Tätigkeit ist vielmehr nur darauf gerichtet, ein Pfandrecht zu schaffen. Das gleiche gilt für den Fall, dass die Pfändung in andere Gegenstände als Geld erfolgt. Auch hier „verfügt" nicht der Gerichtsvollzieher mit der Entgegennahme des Erlöses über die Forderung des Mündels, wenn auch § 819 Z.P.O. sagt: „Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners."

Wenn demnach weder der Zahlungsauftrag, noch die Pfändung sich als „Verfügung" im Sinne des B.G.B. darstellen, so gelangen wir notwendig zu dem Resultat, dass eine „Verfügung" über die Forderung des Mündels allein in der Entgegennahme der Zahlung durch den Vormund erblickt werden kann. Erst zu dieser ist daher Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich.

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Fassung des Gesetzes: Während § 1812 B.G.B. prinzipiell für die Verfügung über Forderungen die Genehmigung des Gegenvormundes vorschreibt, trifft § 1813 hiervon einige Ausnahmen, indem es in fünf Fällen die Genehmigung zur Annahme einer geschuldeten Leistung für nicht erforderlich erklärt. Auch wo das Gesetz von der Einziehung einer Forderung spricht, kann ein Zweifel nicht bestehen, dass unter diese der Auftrag zur Zwangsvollstreckung nicht fällt. § 2114 z. B. spricht in Satz 1 dem Vorerben das Recht zur Einziehung einer Hypothekenforderung zu und fährt in Satz 2 fort: „Der Vorerbe

kann jedoch nur verlangen, dass das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder dass es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird.“[1])

Das gewonnene Resultat entspricht meines Erachtens auch durchaus den Intentionen des Gesetzgebers, überall da den Vormündern eine Aufsicht an die Seite zu stellen, wo die Gefahr besteht, dass sie durch unmittelbares Eingreifen die wirtschaftliche Position ihrer Mündel verschlechtern könnten. Bei einer Mündelforderung ist dies zunächst der Fall bei der Kündigung; ist jedoch die Forderung einmal fällig, so besteht die Gefahr für die Verschlechterung des Mündelvermögens regelmässig nur noch bei der Entgegennahme des gepfändeten Geldes oder des durch die Versteigerung gepfändeter Sachen erzielten Erlöses.

Als aufhebende Verfügung kommt endlich die Aufrechnung in Betracht. Diese ist naturgemäss unwirksam, wenn dem aufrechnenden Schuldner die Befugnis zur Verfügung über die Forderung fehlt. Daher kann ein Erbe, der durch die Anordnung der Nachlassverwaltung die Befugnis verloren hat, den Nachlass zu verwalten und über ihn zu verfügen,[2]) nicht eine Nachlassforderung gegen eine Forderung, die gegen ihn besteht, aufrechnen. Unwirksam wäre beispielsweise ferner die Aufrechnung einer Gesellschaftsforderung seitens eines Gesellschafters gegen eine, die gegen diesen gerichtet ist usw.[3])

Weismann a. a. O. knüpft an diese Regel folgende Bemerkung:

„Die Aufrechnung ist eine Verfügung sowohl über die Forderung wie auch über die Gegenforderung, und sie ist nur statthaft, wenn nicht nur dem Aufrechnenden über seine Forderung,

[1]) Uebereinstimmend Planck Bd. IV S. 556. Auf dem von uns abgelehnten Standpunkt dagegen steht Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. S. 169, nach dessen Ansicht der Begriff der Verfügung sowohl die Kündigung, wie die Einklagung, den Vollstreckungsantrag und die Annahme der Leistung umfasst.

[2]) Vgl. § 1984 B.G.B.

[3]) Vgl. Weismann, Die Aufrechnung nach dem B.G.B. in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess von Schultzenstein und Vierhaus, Bd. 26 S. 1 ff.

sondern auch dem Gegner über die Gegenforderung die selbständige Verfügungsbefugnis zusteht."

Die Aufrechnung als eine Verfügung über die Forderung sowohl wie über die Gegenforderung zu bezeichnen, ist jedoch mit dem Begriff der Verfügung nicht vereinbar. Denn eine Verfügung über eine Gegenforderung ist mit anderen Worten die Verfügung über eine eigene Verbindlichkeit. Nun kann eine Verbindlichkeit zwar begründet, erfüllt, übernommen werden; eine „Verfügung" über eine solche ist jedoch im Sinne des B.G.B. begrifflich unmöglich.

§ 14.

g) Veränderung.

Als Verfügungen haben wir bisher die Uebertragung und Aufhebung eines Rechts kennen gelernt; es bleibt uns noch übrig die Einwirkung auf ein Recht durch Veränderung desselben zu betrachten.

Die Aenderung eines Rechts ist nach zwei Seiten hin möglich, nach der subjektiven sowohl wie nach der objektiven. Entweder erfährt nämlich ein Recht dadurch eine Aenderung, dass seine Träger, die Rechtssubjekte, wechseln, dies ist der Fall bei der Uebertragung eines Rechts,[1]) oder aber es erfolgt eine objektive Umgestaltung des Rechts, eine Veränderung seines Inhalts.[2])

In letzterem Sinne gebrauchen wir den Ausdruck in unserer Definition wie in den folgenden Ausführungen. Wir unterscheiden wiederum die dinglichen und die Forderungsrechte, und gehen zunächst auf die Aenderung der dinglichen Rechte ein. Diese liegt in erster Linie natürlich dann vor, wenn der Charakter des Rechts eine Umgestaltung erfährt, was beispielsweise der Fall ist, wenn eine gewöhnliche Hypothek in eine Sicherungshypothek (§ 1186), eine Hypothek in eine Grund-

[1]) Vgl. § 873 B.G.B., wo der Ausdruck „Rechtsänderung" in diesem Sinne gebraucht wird.

[2]) Vgl. § 877 B.G.B.

schuld (§ 1198), eine Grund- in eine Rentenschuld (§ 1203) verwandelt wird. Ueberall nehmen dingliche Rechte eine neue von ihrer früheren wesentlich abweichende juristische Gestalt an. Ein Recht erleidet jedoch nicht erst eine Aenderung, wenn seine juristische Natur eine Umwandlung erfährt; vielmehr können wir von einer solchen schon dann sprechen, wenn infolge der Einwirkung der Inhalt des Rechts nicht mehr der gleiche ist, wie er vor derselben war. Daher muss auch als eine „Verfügung" über eine Hypothek angesehen werden, wenn deren Rangverhältnis geändert wird[1]) oder als eine Verfügung über eine Forderung, wenn die Bedingungen der Verzinsung geändert werden.

In den genannten Beispielen handelt es sich um eine Aenderung des materiellen Inhalts eines Rechts. Es entsteht die Frage, ob auch die Aenderung eines Rechts in prozessualer Hinsicht eine „Verfügung" über dasselbe bedeutet. Es ist dies bestritten. In einer Entscheidung des Kammergerichts,[2]) in der es sich darum handelt, ob die Unterwerfung eines Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Verfügung über das Grundstück enthält, wird die Frage bejaht. In den Gründen heisst es: Durch die Unterwerfung des Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung werde der materielle Inhalt der Hypothek allerdings nicht geändert. Durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung werde jedoch das Recht des Schuldners, die Klage abzuwarten und seine Einwendungen gegen die Hypothek im Prozesse als Beklagter geltend zu machen, aufgegeben. Dies sei eine erhebliche Verstärkung der Belastung, eine Rechtsänderung, die unmittelbar durch das fragliche Rechtsgeschäft (die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung), bewirkt werde.

---

[1]) Keinen Unterschied kann es meines Erachtens machen, ob durch diese Aenderung die Stellung des Gläubigers in günstigem oder ungünstigem Sinne beeinflusst wird. Es ist auch möglich, dass die Güte eine durchaus gleiche bleibt, wie dies z. B. bei der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek in der Regel der Fall sein wird.

[2]) Vgl. Jahrbuch Bd. 2, Neue Folge, Seite A, 19 ff.

Diese Entscheidung wird von Planck[1]) nicht gebilligt. In der Tat lassen sich gegen sie einige Bedenken anführen. Eine Verfügung liegt vor, wenn auf ein Recht in der Art eingewirkt wird, dass es eine Aenderung erleidet. Den von uns angeführten Fällen, in denen es sich um eine Rechtsänderung handelt, ist gemeinsam, dass das Recht seinem Wesen nach eine Umgestaltung erfährt. Das Wesen des Eigentums besteht nun darin, dass der Eigentümer nach Belieben mit der Sache verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen kann (§ 903 B.G.B.). Eine wesentliche Veränderung ist infolgedessen in der Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek, in der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung[2]) und in ähnlichen Massregeln zu erblicken, die der Ausübung des Rechts in seiner Wesenseigenheit entgegentreten. Eine solche Massregel kann aber in der Unterwerfung des Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung nicht erblickt werden. Dadurch, dass der Eigentümer dem Hypothekar gegenüber darauf verzichtet, seine Einwendungen gegen eine etwaige Zwangsvollstreckung in einem Prozesse geltend zu machen, sich vielmehr auf die Erhebung der Einwandsklage aus § 767 Z.P.O. und eine nötigenfalls anzuordnende Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäss § 769 beschränkt, erleidet sein schon belastetes Eigentum schwerlich eine wesentliche Aenderung. Wesentlich muss aber meines Erachtens die Aenderung sein, wenn sie als Verfügung über ein Recht gelten soll.

Was die Forderungsrechte anbetrifft, so erfahren sie eine Aenderung insbesondere durch die Kündigung. Dass die Kündigung sich als eine Verfügung im Sinne des B.G.B. darstellt, scheint meines Erachtens zweifellos, wird jedoch z. B. von Hesse[3]) bestritten. Hesse sagt: „Auch die blosse Kündigung einer Forderung und die Führung eines Rechtsstreites zum Zwecke ihrer Einziehung stellt eine »Verfügung« über dieselbe noch nicht dar". Dem stehen jedoch die §§ 1074 und 2114

[1]) Vgl. § 1821 Bd. IV S. 567.

[2]) Vgl. Fuchs, Grundbuchrecht.

[3]) Hesse, Deutsches Vormundschaftsrecht, § 1812 Anm. 4 S. 86.

B.G.B. entgegen, in denen die Kündigung vom Gesetz selbst ausdrücklich als eine „Verfügung" über die Forderung bezeichnet wird.[1])

Die Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, welche die Beendigung eines Vertragsverhältnisses bezweckt, dessen Fortdauer von dem freien Willen des Erklärenden abhängig ist.[2])

Wenn auch die Kündigung die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses nur mittelbar herbeizuführen geeignet ist, so wird unmittelbar durch sie bereits eine wesentliche Aenderung derselben bewirkt. Denn während vorher das Recht noch unbefristet war, wird durch die Kündigung unmittelbar dem Recht ein mehr oder minder nahes Ziel gesetzt; insofern also als das Recht seinem Umfange nach begrenzt wird, erfährt es eine Veränderung. — Nicht jede Kündigung ist eine „Verfügung" im Sinne des B.G.B.; denn da sich die Verfügung als die unmittelbare Aenderung eines subjektiven Rechts darstellt, so liegt eine Verfügung nur in der Kündigung seitens des Berechtigten, nicht in derjenigen seitens des Verpflichteten.[3])

Wenn daher Thiele[4]) die Kündigung definiert als ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, durch welches das durch das Gesetz oder Vertrag den Beteiligten gewährte Recht, ein bestehendes Rechtsverhältnis zu beendigen, verwirklicht werden soll, und daran die Bemerkung knüpft, aus dieser Definition ergebe sich, dass die Kündigung eine Verfügung im Sinne des B.G.B. sei, so ist dies nur zum Teil zutreffend. Richtig ist vielmehr, dass die Kündigung in dem definierten Sinne eine Verfügung sein kann, aber nicht notwendig eine solche zu sein braucht.

Wir haben daher die Kündigung einer Schuld scharf von derjenigen einer Forderung zu scheiden. Jene ist ein obli-

[1]) Vgl. auch R.G. Entsch. vom 15. Februar 1902 in der Deutsch. Juristen, zeitg. Nr. 9, Jahrg. 1902, Protokolle, Bd. 4 S. 782; Planck a. a. O. Bd. I S. 148.

[2]) Immerwahr, Die Kündigung, S. 1.

[3]) Daher gebraucht das B.G.B. den Begriff „Verfügung" nur für die Kündigung einer Forderung.

[4]) Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem B.G.B. in dem Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 89 S. 89.

gatorischer, diese ein dinglich-wirkender Rechtsakt. Denn durch die Kündigung einer Forderung wird für den Kündigenden unmittelbar ein Recht geändert, demnach ein dinglicher Effekt erzielt, durch die Kündigung einer Schuld dagegen wird für den Kündigenden unmittelbar die Verpflichtung begründet, binnen einer bestimmten Frist eine Schuld zu tilgen.

Nur unbestimmt äussert sich in dieser Hinsicht Thiele. Er bejaht die Frage, ob der Mann eine Schuld der Frau in bezug auf das eingebrachte Vermögen kündigen dürfe und motiviert seine Behauptung folgendermassen: „Es folgt dies . . . daraus, dass man in diesem lediglich die Befreiung von einer Schuld bezweckenden Akte der Kündigung kaum eine Verfügung über eingebrachtes Gut wird erblicken dürfen . . . . ."

Die Kündigung bedarf als empfangsbedürftige Willenserklärung keiner Annahme;[1]) erfolgt jedoch eine solche, so liegt ein auf Aufhebung des Rechtsverhältnisses gerichteter Kündigungsvertrag vor. Eine Verfügung erfolgt in diesem Falle jedenfalls nur seitens des einen der beiden Kontrahenten.

Das Gegenstück zur Kündigung als dem eine Forderung zur Fälligkeit bringenden Rechtsakt bildet die Stundung. Auch sie ist eine „Verfügung". Während bei jener das Forderungsrecht seinem Inhalte nach dadurch eine Aenderung erfährt, dass es eine zeitliche Begrenzung erhält, erfolgt durch diese (die Stundung) die Veränderung durch Hinausschiebung des Zieles der Forderung.

Als eine „Verfügung" über die Forderung wird endlich in der Literatur mehrfach die Mahnung genannt.[2]) Hiergegen sprechen erhebliche Bedenken. Gemäss § 284 Abs. 1, S. 2 steht der Mahnung die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich. Wenn nun die Erhebung der Klage als „die nachdrücklichste Mahnung"[3]) keine Verfügung im Sinne des B.G.B.

[1]) Vgl. Thiele a. a. O. S. 142 ff.

[2]) Vgl. Neumann, Handausgabe des B.G.B. Bd. I S. 45; Fuchs, Grundbuchrecht, S. 43; Motive Bd. I S. 129.

[3]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 1 S. 154.

enthält, so kann umsoweniger die blosse Mahnung als eine solche bezeichnet werden. In der Tat erleidet das Forderungsrecht durch die Mahnung keine Aenderung seinem Inhalte nach, vielmehr bleibt dieses, anders als bei der Kündigung und Stundung, das gleiche wie zuvor. Dass die Position des Schuldners sich in gewisser Weise verschlechtert (vgl. § 287 B.G.B.) ist ohne Bedeutung; denn eine Verschlechterung der Position des Schuldners tritt auch durch die Erhebung der Klage ein, und trotzdem ist diese keine „Verfügung".

III. Anwendung des Begriffs „Verfügung".

§ 15.

1. Im B.G.B.

Das B.G.B. verwendet den Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden in einer grossen Zahl von Vorschriften,[1]) in denen von rechtsgeschäftlicher Verfügung (vgl. § 135), von Verfügung durch Rechtsgeschäft (§§ 1398, 2286), von Verfügung durch Vertrag (§ 1396), von unentgeltlichen Verfügungen (§§ 2113, 2205, 2375), von Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen (§§ 135, 184, 353, 499, 883 usw.), die Rede ist. An einigen Stellen spricht jedoch das Gesetz lediglich von „verfügen" (vgl. §§ 185, 487, 573, 1124, 1126 usw.), und es entsteht daher die Frage, wie zu interpretieren ist, ob unter „Verfügung" nur die „rechtsgeschäftliche" oder allgemein die Verfügung „aus dem Recht" der betreffenden Person verstanden werden muss.

Die Motive sagen hierüber folgendes: „Den Verfügungen und insbesondere den Veräusserungen, welche der Beteiligte selbst vornimmt, stehen diejenigen gleich, welche, wie bei der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung, aus seinem Recht erfolgen. Wenn dies in einzelnen Fällen im Interesse der Deutlichkeit besonders hervorgehoben ist, so darf daraus für andere Fälle kein gegenteiliger Schluss gezogen werden."

---

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Bd. I S. 148.

Dass diese Auffassung dem Gesetzbuch zugrunde zu legen sei, bestreitet Bendix[1]) unter Berufung auf die Verhandlungen in der zweiten Kommission, aus denen hervorgehe, dass sich die Mehrheit der in den Motiven ausgesprochenen Auffassung nicht angeschlossen habe. Wir wollen sehen, ob die Bendixsche Ansicht zutreffend ist.

Es handelt sich um die Beratung des § 161 Abs. 1, S. 2, der die unter einer aufschiebenden Bedingung getroffenen Verfügungen betrifft, und um die des § 184 Abs. 2, der sich auf die vor der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts seitens des Genehmigenden getroffenen Verfügungen bezieht. Es wurde beantragt, den § 131, S. 2, jetzt 161, Abs. 1, S. 2 und den § 152, Abs. 2, jetzt 184, Abs. 2 am Schluss zu fassen „. . . . . der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter".

Der Antragsteller bemerkte hierzu: „Wenn an den zitierten Stellen von Verfügungen des Berechtigten gesprochen werde, so könnte fraglich erscheinen, ob damit nur von ihm vorgenommene, oder aber Verfügungen aus „seinem Rechte" getroffen werden sollten. Der Entwurf meine, da er die Zwangsvollstreckung einbeziehe, offenbar das letztere. Dann aber müsse, wie der Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung auch der durch den Konkursverwalter erfolgenden besonders gedacht werden, zumal sie an einzelnen Stellen bereits erwähnt sei."

Aus der Annahme dieses so begründeten Antrages die Ansicht herzuleiten, dass die Mehrheit sich gegenübur der Auffassung der Motive ablehnend verhalten habe, ist meines Erachtens schwerlich zutreffend.

Der Gedankengang des Antragstellers ist — wenn anders eine genaue Rekonstruktion nach den an der betreffenden Stelle allerdings etwas unklar verfassten Protokollen möglich ist — eher der folgende: Es könne allerdings fraglich sein, was unter dem Begriffe „Verfügungen" zu verstehen sei, ob nur rechtsgeschäftliche Verfügungen oder allgemeine Verfügungen aus dem Rechte. Wenn aber einmal die im Wege der Zwangsvollstreckung

[1]) Vgl. Jurist. Wochenschr. Jahrg. 1902, Nr. 7 und 8, S. 58.

oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen besonders erwähnt werden — was nach der Auffassung des Entwurfs ja nicht notwendig sei, vielmehr nur der Deutlichkeit halber geschehe —, dann müsse konsequenterweise auch der Verfügungen durch den Konkursverwalter gedacht werden.

Meines Erachtens verlangt der Antragsteller also nur, dass konsequent verfahren werde. Eine Ablehnung der oben zitierten Auffassung der Motive scheint mir nicht aus den Verhandlungen hervorzugehen. Wie dem auch sei, welche Auffassung dem B.G.B. zugrunde zu legen ist, können wir nur durch Interpretation des Gesetzes selbst feststellen.

In der Literatur ist die Frage insbesondere hinsichtlich des § 573 streitig geworden.

§ 573 sagt: „Eine Verfügung, die der Vermieter vor dem Uebergange des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietszins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietszins für das zur Zeit des Ueberganges des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht".

Findet der § 573 auf Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, Anwendung?

Bendix[1]) gelangt zur Verneinung dieser Frage und zwar aus drei Gründen: Zunächst sei es unzulässig, einer Bestimmung, die eine Regel, ein Prinzip einschränke, eine ausdehnende Auslegung zu geben. Denn Regel sei, dass niemand über fremde Rechte wirksam verfügen könne.[2])

Ebenso behauptet Scherer,[3]) dass die Vorschrift des § 573 als Ausnahmevorschrift auf die rechtsgeschäftlichen Verfügungen zu beschränken sei. Was die Pfändung als solche betrifft, so steht er auf einem Bendix völlig entgegengesetzten Standpunkte.

---

[1]) Vgl. Jur. Wochenschr., 31. Jahrg. Nr. 7 und 8, S. 58 ff.

[2]) Wie Bendix auch Zimmermann, Die Rechtswirkungen der Veräusserung und der Belastung des vermieteten Grundstücks auf das Mietverhältnis, S. 32/33.

[3]) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 772.

Während nämlich Bendix die Wirkung der Pfändung gegenüber dem Erwerber überhaupt bestreitet, will Scherer vom Standpunkte der Zession aus sie ohne Beschränkung gegen ihn wirken lassen.

Die richtige Auffassung vertritt meines Erachtens Mittelstein:[1]) Durch Einbeziehung der im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen erfährt der § 573 nicht sowohl eine Ausdehnung als vielmehr eine Einschränkung. Denn nach § 832 Z.P.O. erstreckt sich das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge. Da nun der Erwerber vom Zeitpunkte der Eigentumsübertragung an in die während der Dauer seines Eigentums sich aus dem Mietsverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen unmittelbar kraft Gesetzes eintritt,[2]) so würde also gemäss § 832 die Pfändung sich auch auf die Mieten des Erwerbers erstrecken, wenn nicht durch § 573 die Verfügungen nur innerhalb des laufenden und des folgenden Kalendervierteljahres für wirksam erklärt würden.

Die Bestimmung des § 573 würde also, falls unter „Verfügung" auch die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung zu erfolgende zu verstehen ist, eine einschränkende, keine ausdehnende Interpretation erfahren.

Ferner wird gegen die Gleichstellung der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen mit den rechtsgeschäftlichen von Bendix geltend gemacht, dass lediglich wirtschaftliche Erwägungen dazu geführt hätten, dem Vermieter, welcher im voraus nicht immer wissen könne, ob und wann er sein Grundstück veräussern würde, eine grössere Bewegungsfreiheit einzuräumen. Lediglich durch das Interesse des Vermieters, die Rücksichtnahme auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse würde der Eingriff in die fremde Rechtssphäre gerechtfertigt.

[1]) Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, vgl. § 74, 6a S. 282.

[2]) Vgl. Mittelstein a. a. O. S. 271; Denkschrift S. 77.

Ein solches Interesse erheische aber die Berücksichtigung der Pfändungen, die gegen den Vermieter vorgenommen würden, nicht.

In den Protokollen[1]) heisst es an der bezüglichen Stelle:

„Verfügungen über den Mietzins seien oft für den Vermieter eine wirtschaftliche Notwendigkeit."

Dass hiermit gesagt sein soll, dass ausschliesslich die Interessen des Vermieters schutzbedürftig seien, nicht auch diejenigen, die sich mit ihm in Geschäfte einliessen, kann meines Erachtens nicht zugegeben werden.

Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vermieters als solche verdient Berücksichtigung; zu dieser gehört aber insbesondere auch sein Kredit, den der Vermieter nur findet, wenn auch diejenigen in ihren Interessen geschützt werden, die mit ihm kontrahieren. Dass in der zweiten Lesung nicht der einseitige von Bendix behauptete Standpunkt vertreten wurde, geht insbesondere daraus hervor, dass der § 573 auch in Berücksichtigung der Interessen des Mieters gegeben wurde.[2])

Endlich sagt Bendix, für seine Ansicht spräche auch die vom Gesetz angewendete aktive Form („eine Verfügung, die der Vermieter trifft"). Diese beweist jedoch insofern nichts, als auch in anderen Fällen[3]) trotz der aktiven Form ein Zweifel an der Auslegung des Gesetzes in unserem Sinne nicht besteht.

Wir gelangen somit zu dem Resultate, dass der § 573 in gleicher Weise auf Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, wie auf rechtsgeschäftliche Anwendung findet.[4])

Was aber von § 573 gesagt ist, gilt auch in den anderen Fällen des Gesetzes, in denen von „verfügen" oder „Verfügung" gesprochen wird.[5])

---

[1]) Protokolle Bd. II S. 146.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. II S. 146.

[3]) Vgl. z. B. § 185.

[4]) Ebenso Oertmann § 573 S. 296; Rechtsprechung der O.L.G. Bd. IV Nr. 13 S. 229; Urteil vom 30. Dezember 1901. Für K.O. § 21 muss dasselbe gelten. A. M. Jäger a. a. O. S. 172 Anm. 16.

[5]) Vgl. §§ 185, 487, 1124.

Wir dürfen demnach als Prinzip, von dem das Gesetz selbst allerdings Ausnahmen kennt (vgl. §§ 2112 mit § 2115), den § 135 Abs. 1, S. 2 ansehen: „Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgt".

§ 16.

2. Anwendung des Begriffs „Verfügung" in den übrigen Reichsgesetzen.

Wir haben unseren Erläuterungen des Begriffs der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden regelmässig die Vorschriften des B.G.B. zugrunde gelegt und nur beiläufig bisher auf Bestimmungen anderer Reichsgesetze zu verweisen Gelegenheit genommen. Hierzu hielten wir uns für berechtigt nicht nur von einem äusserlichen Gesichtspunkte aus, wegen des Uebergewichts der im B.G.B. vorkommenden von der Verfügung handelnden Bestimmungen gegenüber den in den übrigen Reichsgesetzen enthaltenen, sondern auch aus einem inneren Grunde.

Was die Reichsgesetze ausser dem B.G.B. betrifft, so müssen wir sie hinsichtlich des Begriffs „Verfügung" in zwei Gruppen teilen, in diejenigen, die gleichzeitig mit dem B.G.B. und diejenigen, die vor demselben in Kraft getreten sind. Die letzteren konnten wir bisher deswegen nicht in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, weil sie einen einheitlichen, dem des B.G.B. entsprechenden, Begriff der privatrechtlichen Verfügung nicht aufweisen. Auf die ersteren erübrigte sich dagegen ein besonderes Eingehen, weil der in diesen vorkommende Begriff der Verfügung mit dem des B.G.B. übereinstimmt.

Ein Blick auf die Anwendung des Verfügungsbegriffs in den Reichsgesetzen soll zur Erläuterung des Gesagten dienen.

Nach § 266 Nr. 2 des Reichsstrafgesetzbuchs werden wegen Untreue bestraft:

„Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen."

Unter „verfügen“ ist hier eine Massregel zu verstehen, welche in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt.[1]) Die Verfügung kann nach der Ansicht des R.G. ausser in einem Tun auch in einer Unterlassung bestehen; als Beispiele für letztere werden angeführt: die Unterlassung der Geltendmachung einer Forderung des Auftraggebers mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts der Verjährung oder die in gleicher Weise absichtlich unterlassene Einlegung eines Rechtsmittels.

Dass dieses „Verfügen“ mit dem entwickelten Begriffe des B.G.B. nicht übereinstimmt, bedarf keiner näheren Begründung. Denn eine Massregel, welche eine Aenderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt, ist z. B. auch ein Verpflichtungsgeschäft; und dass dieses keine Verfügung im Sinne des B.G.B. enthält, haben wir oben (vgl. § 10) darzulegen versucht. Was insbesondere die vom R.G. angeführten Beispiele angeht, so sind die Unterlassungen keine Verfügungen im Sinne des B.G.B. (vgl. hierüber § 8).

Auch bezüglich eines Reichsgesetzes jüngeren Datums als das Strafgesetzbuch, das in die Zeit vor dem Inkrafttreten des B.G.B. fällt, gelangen wir zu demselben Resultate; ich meine das Gesetz, betreffend die Verpflichtungen der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896. In diesem Gesetze wird der Ausdruck „verfügen“ an zahlreichen Stellen gebraucht (vergl. §§ 1, 2, 7, 9); wir wollen sehen, was hier unter „verfügen“ zu verstehen ist.

Während § 1, Ziffer 1 den Kaufmann zu gesonderter Aufbewahrung der Wertpapiere unter äusserlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers oder Verpfänders verpflichtet, bestimmt Abs. 2, dass etwaige Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Pfandgläubigers, im Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders Verfügungen oder Verwaltungshandlungen vorzunehmen, durch die Bestimmung unter Ziffer 1 nicht berührt

---

[1]) R.G. in Strafschen Bd. 11 S. 413; Olshausen a. a. O. Bd. II S. 1035.

werden. Der Abs. 2 ist demnach hinzugefügt, um die für den Verwahrer und Pfandgläubiger nach bürgerlichem Rechte bestehenden allgemeinen Rechte und Pflichten aufrecht zu erhalten. Hiernach kann aber dieser nötigenfalls auch ohne Auftrag, Verfügungen, die im Interesse des Eigentümers liegen, vornehmen. In der Begründung des Entwurfs des Gesetzes wird hier an den Fall der Unterbrechung der gesonderten Aufbewahrung gedacht. Als Beispiel wird angeführt, dass die Hinterlegung des Depots bei einem Dritten erforderlich werden könne, um es bei Aufruhr, Feuersgefahr und ähnlichen Ereignissen zu sichern.[1])

Hieraus, insbesondere aber auch aus § 9 des Gesetzes, der von Verfügungen zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten ausser dem Falle des § 246 R.St.G.B. (dem Falle der Unterschlagung[2]) handelt, geht hervor, dass auch im Depotgesetze der Ausdruck „Verfügung“ nicht begrifflich identisch mit dem des B.G.B. ist.

Im Gegensatze zu den genannten Reichsgesetzen enthalten die gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft getretenen den Verfügungsbegriff in derselben Bedeutung wie das B.G.B. Diese Tatsache ergibt sich schon daraus, dass die einheitliche Abfassung des Gesetzgebungswerks notwendig zu einer Uebereinstimmung der Begriffe führen musste. Dass dies auch von der Verfügung gilt, geht insbesondere aus Stellen der Reichsgesetze hervor, die von der Verfügung sprechen, und in denen entweder auf das B.G.B. verwiesen oder der Wortlaut sogar in wörtliche Uebereinstimmung mit entsprechenden Paragraphen des B.G.B. gebracht ist. In dieser Beziehung sind z. B. zu erwähnen: § 57 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung; § 21 K.O.; §§ 242, 326, 772, 773 Z.P.O.; §§ 36, 52 G.B.O.

Eine Besonderheit ist bezüglich des H.G.B. zu erwähnen. Hier wird in § 366 einerseits von „verfügen“ im Sinne von

[1]) Vgl. Lusensky a. a. O. S. 48; Riesser a. a. O. S. 15, sowie S. 22, wo Riesser von Verfügung behufs Hinterlegung bei einer anderen Verwaltungsstelle spricht.

[2]) Gerade in dieser würde eine Verfügung im Sinne des B.G.B. liegen.

„veräussern" und „verpfänden" gesprochen, also in einer Bedeutung, die der des B.G.B. entspricht.[1]) Andererseits wird aber „verfügen" in einem dem technischen Begriff nicht entsprechenden Sinne in den §§ 433, 447, 455 angewendet. Hier handelt es sich um „Anweisungen", die der Absender dem Frachtführer in Ansehung des Gutes erteilt.

Wir gelangen demnach zu folgendem Resultat: Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden ist ausser im B.G.B. nur in den gleichzeitig mit ihm in Kraft getretenen Reichsgesetzen prinzipiell einheitlich zur Anwendung gebracht. Was die übrigen Reichsgesetze betrifft,[2]) so entspricht der Ausdruck „verfügen" der gemeinrechtlichen „Disposition"; seine Bedeutung richtet sich mithin nach der Eigenschaft der Person und dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Schluss.

Wir sind am Schlusse unserer Arbeit. Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung ist, wie wir sahen, eine neue Erscheinung in der juristischen Gedankenwelt. Seine Eigentümlichkeit im Gegensatz zu der Verfügung des früheren Rechtes besteht in seiner Eigenschaft als eines abstrakten dinglich wirkenden Rechtsaktes. Die Einführung dieses Begriffs bedeutet einen erheblichen Fortschritt, nicht allein aus praktischen Rücksichten, insofern als durch seine Anwendung die Kürze des Gesetzes gefördert wird, sondern auch deswegen, weil es das Verständnis des Rechtes fördert, wenn gleichen Erscheinungen, wie es die abstrakten dinglich wirkenden Rechtsakte sind, im Sprachgebrauch auch gleiche Begriffe entsprechen.

---

[1]) Vgl. auch § 397. „Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitz hat, insbesondere mittels Kannossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ...

[2]) Vgl. auch das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901, § 42 Abs. 1.

Wenn aber vom Gesetzgeber, wie im vorliegenden Falle, ein neuer Begriff geprägt wird, so erfordert es die Zweckmässigkeit, dass damit der Gebrauch desselben Ausdrucks zugleich in einer abweichenden Bedeutung aufhört; ist es doch ein Grundsatz, neue zivilrechtliche Begriffe auf andere Rechtsmaterien, z. B. das Strafrecht, tunlichst zu übertragen.

Die Durchführung der Einheitlichkeit in dem Gebrauch der „privatrechtlichen Verfügung" wäre demnach ein Punkt, auf den der Gesetzgeber bei künftigen Kodifikationen sein Augenmerk wird richten müssen.